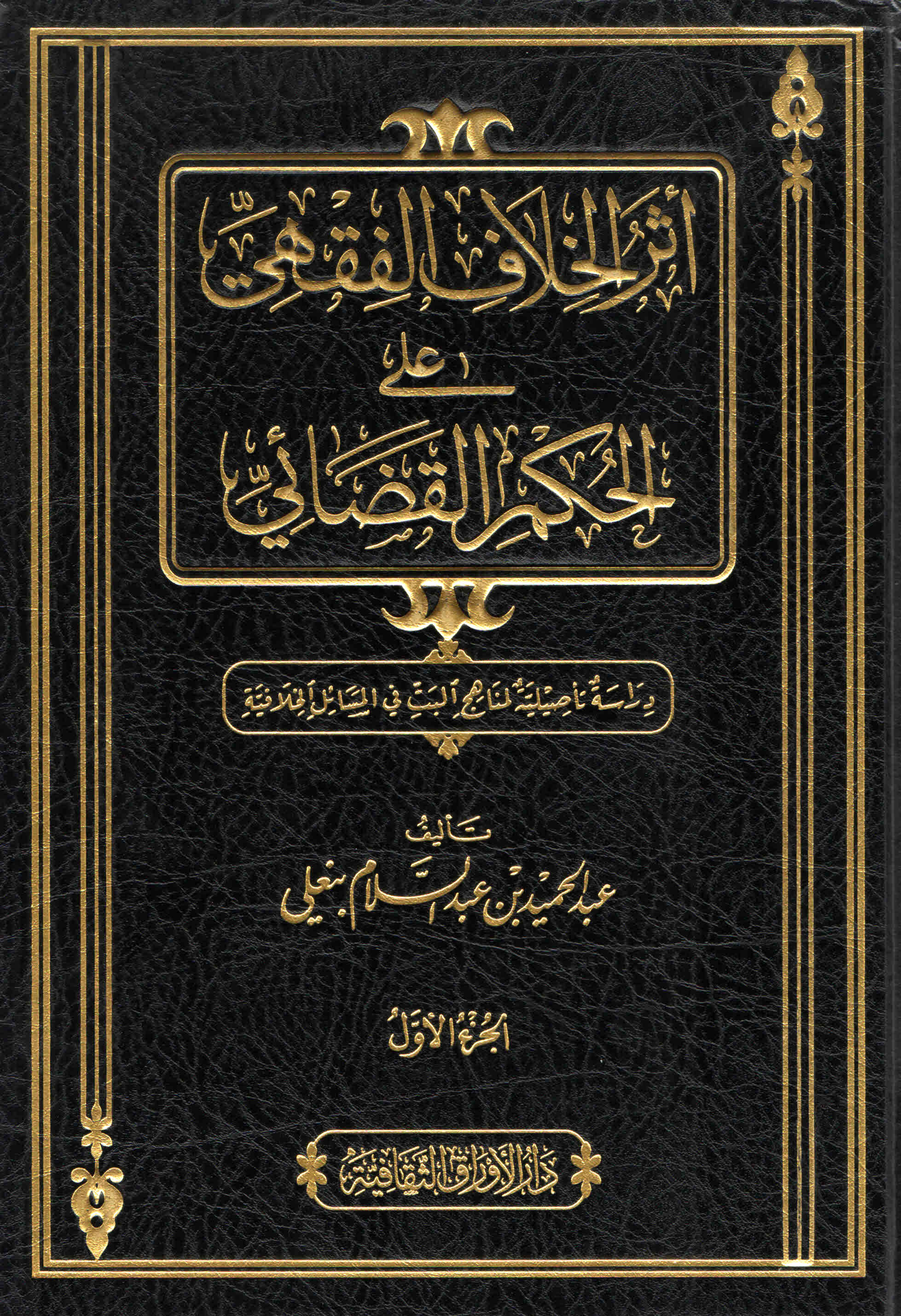
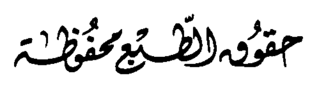

أثر الخلاف الفقهي
على
الحكم القضائي
دراسة تأصيلية لمناهج البحث في المسائل الخلافية
تأليف
عبد الحميد بن عبد السلام بنعلي
الجزء الأول
دار الأوراق الثقافية


أثر الخلاف الفقهي
على
الحكم القضائي
١



الطبعة الأولى

١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م

كتبنا متوفرة في


مكتبة ن

www.noonbooks.com

متجر سوق الكتبيين

www.alkutubiyeen.net





ص ب : ١٥٥٣٣ جدة ٢١٤٥٤ تليفاكس: ٦٨٠٣٠٠٢ ٢ ٩٦٦+

الإدارة: ٠٥٠٥٣١٨٧٦٧ ٩٦٦+

المدينة المنورة : ٠٥٥٠٧٦٢٠٧٨ جدة : ٠٥٣٧٢٥٤٩٣٩


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا و سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد: فإن الخلاف الفقهي الذي جرى بين أصحاب النبي ﷺ ومن جاء بعدهم من أئمة الإسلام كانت له آثار كثيرة في شتى مناحي الحياة على تعاقب الأزمان واختلاف البلدان، وتتمثل هذه الآثار في تثوير الفقه - أي تجديده وتفريعه -، وتنوع مدارسه، وظهور علم أصول الفقه الذي كان من أكبر أهدافه ضبط الخلاف الفقهي، وتسديد عملية الاجتهاد في النوازل والأحكام، وكان من أجود تلك الآثار وأكثرها فائدة توسعة الرأي والاجتهاد وعدم حصره في رأي أو قول واحد؛ إذ لا يخفى ما في تنوع المذاهب واختلافها من السعة والتيسير ورفع الحرج، وذلك ظاهر فيما يبتلى به القضاة والمفتون من الوقائع والنوازل، إذ يكون لديهم مخارج لما يبتلون به من الشدائد والمضايق من غير أن يخرموا شرعا أو ينتهكوا حداً ما دام للخلاف دليل معتبر وتعليل سائغ مثله في النظر كما يأتي تفصيله بحول الله.

وليس ينكر ظهور بعض الآثار السيئة للخلاف الفقهي التي تمثلت أساساً في ظهور التعصب للأئمة ومذاهبهم، هذا التعصب الذي جر أصحابَه إلى تضليل من خالفهم، وتسفيه رأيهم واجتهاداتهم، حتى آل الأمر بهم إلى إصدار فتاوى ببطلان الصلاة خلف مخالف المذهب، وبطلان ما عقده من الأنكحة والعقود، ونحو ذلك من لأحكام التي يقطع المنصف بأنها مجازفات تمخضت عن اعتقاد كمال المتبوع، وأنه وصل منزلة في الاجتهاد تحيل عليه الخطأ والغلط، مع الإعراض كلية عن النظر بعين الاعتبار في أصول المخالف وأدلته.

ولا يجب التقليل من شأن الخلاف الفقهي او التنفير عنه لأجل هذه الفئة؛ ذلك أنها أولاً: محجوجة بنصوص الشرع الدالة على التوسعة على المجتهد فيما يستنبطه من الأحكام، وثانياً: أن قولها خلاف قول المحققين من أرباب الاجتهاد الذين تواطأت أقوالهم على مدح ما كان من الخلاف ناتجاً عن اجتهاد سائغٍ مثلُه في الشرع، ويكفي من ذلك قول عمر بن عبد العزيز -رحمه الله-: "ما يسرني أن لي باختلاف أصحاب النبي ﷺ حمر النعم" [1].

واختلاف الفقهاء في بعض مسائل الشريعة من مظاهر الاجتهاد الذي أقره الإسلام، وانعقد الإجماع على جوازه في الجملة، وهو ناتج عن

(١) الأثر أخرجه عنه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله (٢/٩٠١- ٩٠٢، رقم: ١٦٨٨-١٦٨٩) .

اختلاف مدارك الناس ونظرهم في أدلة الأحكام، فوقوعه على هذا النحو لامناص منه؛ ضرورةَ اختلاف الناس وتباينهم في المدارك كما سيبدو ذلك جلياً عند استعراضنا لمثارات الخلاف وأسبابه.

وإذا كان الفقهاء -رحمهم الله- قد اتفقوا على أن الاجتهاد واجب في الدين؛ من أجل تبيين الأحكام وإظهارها للناس فإن الخلاف ثمرة من ثمراته؛ إذ يستحيل في العادة اتفاق الناس على أمر لم يرد فيه نص، كيف وغالب اختلافهم كان فيما ورد فيه النص ؟!.

وبهذا التلازم نستدل على أن الخلاف - على هذا النحو- مما تقره الشريعة، ولذلك شواهد لا تحصى كثرة، وهذا لا يوجب الطعن في الدين، أو الشك في مصداقيته بوجه من الوجوه، بل على النقيض من ذلك تماماً؛ لأن الخلاف ناتج عن اختلاف مدارك المجتهدين وتباين أفهامهم لا عن الشرع نفسه، ومن أجل ذلك لم يمكن التحرز منه، فوسع فيه الشرع، ومن هنا كان ذلك رحمة يعرفها من تتبع موارد الخلاف في مسائل الفروع.

إذا علم هذا فالخلاف الفقهي له شأن في التشريع، وتتعلق به مسائل وأحكام لا يسع طالبَ العلم أن يجهل حكم الشرع فيها، وقد رأيت أن أولى من ينبغي له أن يعتني بالخلاف ومسائله وآثاره هو الفقيه المجتهد الذي يُبلي بمنصب القضاء؛ ذلك لأن الخلاف الفقهي له تأثير عام في فصل الخصومات، سواء كان هذا الأثر منصباً على ذات الحكم، أو على نظر

القاضي في الواقعة قبيل إصدار الحكم، وهو في بعض أحواله يكون شبهة تدرأ به الحدود، وقد يكون مسوغاً للتيسير في تقرير الأحكام القضائية فيما لو كان التيسير هو الملائم لطبيعة الواقعة، والموافق لمقاصد الشريعة، وهذا قول في الجملة، وإلا فكل مسألة ينفرد حكمها بنظر خاص.

وخلاصة القصد: أن للخلاف الفقهي آثاراً في الحكم القضائي لابد للقاضي من فقهها؛ ليكون حكمه مسايراً لمقاصد الشريعة في ضمان الحقوق وتنفيذ الأحكام؛ لأن نظر القاضي في مجلس الحكم يختلف عن نظر الفقيه والمفتي، لكن ثمة أمور يكتنفها شيء من الإجمال تفرض نفسها في هذا الصدد، ولابد لها من جواب، وهي:

١- ما هو الخلاف الذي يؤثر في الحكم القضائي ؟.

٢- ما نوع التأثير الذي يقتضيه مثل هذا الخلاف ؟.

٣- هل يكون القاضي ملزماً بمراعاة مثل هذا الخلاف في فصل الخصومات وإقامة الحدود، أو أنه يحكم بما بدا له ولا غضاضة عليه ؟.

٤- ما هي الأسس التي يستند إليها في تقرير هذا الأصل ؟.

٥- وأخيراً: ما هي مسالك الاجتهاد القضائي في مسائل الخلاف ؟.

فهذه أسئلة كما ترى مفتقرة إلى بيان، ومن أجل ذلك أقدمت على لم شتات هذا الموضوع عسى الله أن ينفع به طلبة العلم والباحثين سيما أولئك الذين ابتلوا بالنظر في دعاوى الناس والفصل بينهم، فإن القضاء من

أخطر المناصب التي جاءت الشريعة بالتحذير منها إلا لمن كان أهلاً للفصل بين الناس والقضاء بينهم على وجه إحقاق الحق وإبطال الباطل؛ وذلك لوعرة مسالكه، وكثرة نوازله، وافتقاره إلى أشياء لا تدرك بالتعليم مثل الفراسة والفطنة وفقه النفس وإدراك الأمارات التي تميز بين الخصمين، والله أسأل أن يعينني على بلوغ المراد، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم؛ إنه هو البَر الرحيم.

موضوع الدراسة:

يدور هذا البحث في مجمله على دراسة آثار الخلاف الفقهي على حكم القاضي، وبعبارة أخرى: "موقف القاضي من البت في المسائل الخلافية "، وهي دراسة تهدف إلى التأصيل لمبدأ مراعاة الخلاف في المجال القضائي، ولا أعني هنا بمراعاة الخلاف المصطلح الأصولي الذي يعني إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، وإنما أقصد المفهوم اللغوي لمدلول الكلمة والذي هو أعم من ذلك ؛ إذ يشمل هذا المعنى ومعنىً آخر، وهو العدول إلى رأي المخالف عند اقتضاء الحال ذلك، وربما تحديد رأي آخر لا يخرج عن جملة ما قيل في شأن الواقعة، وهذا يتلاءم مع مقاصد الشريعة في فصل الخصومات وفض المنازعات.

ويمكن إبراز أهم الجوانب التي سأعرض لها - بحول الله - فيما يلي:

١- التأصيل لمبدأ مراعاة الخلاف في الواقعة القضائية، وهو من هذه الزاوية يعتبر جديداً في بابه.

٢- إبراز آثار الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، سواء كان الخلاف في الواقعة القضائية أو في طرق الإثبات، أو في القواعد المتعلقة بالحكم القضائي، وسواء كان الأثر يتعلق بذات الحكم الذي يصدره القاضي من حيث النقض والإبرام، أو بالطريقة التي يعتمدها في تقرير الأحكام.

٣- ربط الأحكام القضائية بمقاصد الشريعة لا بالآراء والأقوال المجردة عن اعتبار الحِكم والمقاصد، والهدف من ذلك توسيع دائرة الاجتهاد القضائي كي لا يظل جامداً على المسطور والمنقول الذي كان علاجاً لحالة طارئة أو نازلة مستجدة، و لم يكن من قطعيات الشرع التي لا تختلف باختلاف الأعراف والأزمان.

٤- بيان مسالك الاجتهاد القضائي، ودراستها دراسة مفصلة يضطلع الناظر فيها بجملة من الفوائد على رأسها: إدراك ما للخلاف الفقهي من أهمية كبرى في مجال فض المنازعات وإنهاء الخصومات، ثم المنهاج الأمثل للتعامل مع الخلاف الفقهي المعتبر.

٥- دراسة العوامل المؤثرة في الوقائع القضائية دراسة مفصلة، وبيان وجه تأثيرها في الحكم القضائي، وكيف أن اعتبارها من شأنه أن يساهم في فصل الخصومات وفض المنازعات على أحسن وجه وأتمه.

أهمية الدراسة:

الخلاف الفقهي كما سلف تتعلق به مسائل وأحكام لا يسع طالبَ العلم أن يجهلها ويجهل حكم الشرع فيها، والمتتبع لنصوص الكتاب والسنة يجد أن الشارع الحكيم أولى عناية فائقة للاهتمام بموضوع الخلاف في مسائل الاجتهاد مبيناً سبل معالجته وكيفية التعامل معه، ونصوص الفقهاء تدل على ذلك وتؤيده.

وبالجملة فالخلاف الفقهي قد تضمن من تيسير الله على هذه الأمة ما يجعله جديراً بالاهتمام والكتابة فيه.

وأولى من ينبغي له أن يعتني بمسائل الخلاف وآثاره في تصرفات المكلفين هم القضاة؛ ذلك أنهم مؤتمنون على العدل بين الناس، والحكم بينهم بالحق الذي أنزله الله جل جلاله، ومعلوم أن الحق ليس محصوراً في مذهب واحد أو رأي واحد، إلا أن نظر القاضي في الخلاف الفقهي عند إرادة البت في واقعة قضائية يختلف عن نظر الفقيه والمفتي من حيث الترجيح، والموازنة بين الأدلة، والاجتهاد فيما لا نص فيه وفي الحوادث المستجدة؛ وذلك لأمور تعود في الأساس إلى طبيعة الوقائع القضائية وأصحاب تلك الوقائع، وما يؤول إليه الأمر بعد صدور الحكم القضائي.

وقد جاء هذا البحث محاولة لتأصيل هذا الموضوع وتفصيل مسائله وأحكامه. وتتجلى أهميته فيما يلي:

١- يشهد العالَم تطوراً في أنظمة الحياة الاجتماعية وأنماطها المختلفة

في كل مظهر من مظاهرها، وذلك يوجب أن يكون للفقـــه الإســـلامي مرونة تواكب هذا التطور ، ولن يكون ذلك إلا بالنظر في أقوال المجتهدين والموازنة بينها لإعمال ما هو الأصلح منها، ويعتبر القاضي مسؤولاً عـــن تحقيق هذا الغرض في فصل الخصومات، وارتباط هذا الموضوع بالقضـــاء يكسبه أهمية لا تقل عن أهمية القضاء نفسه.

٢ – القضاء بين الناس في الوقائع التي جرى فيهـــا خـــلاف بـــين المجتهدين له معيار آخر غير معيار الفقيه والمفتي ؛ لأمور تقتضيها طبيعـــة الدعوى والواقعة القضائية كما سلفت الإشارة إلى ذلك، وفي ذلك يقول ابن فرحون المالكي: " ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن فقـــه فـــروع المذهب ؛ لأن علم القضاء يفتقر إلى معرفة أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع الجزئيات ..." [١].

ولا يصح بحال المساواة بين عمل القاضي والفقيه، فلكل خصائصه ومقتضياته وآثاره، من أجل ذلك كان التعصب في مجالس الحكم مظنـــة الجور والزلل في الأحكام.

وإذا كان الأمر كذلك فالبحث في مثل هذا الموضوع على وجه يبين حدوده، ويضبط أحكامه، ويكشف اللثام عن الخلاف المعتبر من غـــيره يكتسب أهميته من أهمية القضاء وخطورته.

٣- عرف التاريخ الإسلامي في أكثر مراحلـــه ظـــاهرة التعصـــب

(١) تبصرة الحكام ١/١ -٢ .

المذهبي والانحياز نحو التقليد، وشمل ذلك القضاء بين الناس، فكانت له آثار سلبية على مناحي الحياة كلها، وقد شدد العلماء - رحمهم الله - في القضاء بالمذهب الواحد، وجعلوا ذلك موضع ضرورة، مع ما قيدوه به من قيود تجعله يتجافى عن الوقوع في مضايق المذهب الواحد، وقد تعرض هذا البحث لتفصيل القول في القضاء المذهبي والحكم في تقنين الأحكام الشرعية والإلزام بها.

٤ – ومما يجلي أهمية هذه الدراسة أنها تهدف إلى التأصيل لمبدأ مراعاة الخلاف في الواقعة القضائية بمفهومه الأعم حتى يشمل ما يسمى بـ(الخروج من الخلاف)، بل تجديد الاجتهاد فيما كان منشأ الخلاف فيه الأعراف والعوائد أو المصلحة والعمل، فهو من هذه الناحية يعتبر بدعاً بين المصنفات في فقه القضاء.

٥ – وفوق كل ذلك فاعتبار القاضي للخلاف بمفهوميه يعتبر تطبيقاً لأكثر من أصل تشريعي في آن واحد، فقد يعتبره مراعاةً لظرف الواقعة مصلحةً أو استحساناً أو سداً للذريعة أو لغير ذلك من أصول الاجتهاد المعتبرة، وقد يراعيه من أجل الاحتياط كما في إسقاط الحدود بشبهة الخلاف وكما في بعض قضايا الأقارب ونحو ذلك، والعمل بهذا الأصل يسد الباب أمام دعاة التبديل في شرائع الإسلام باسم (التجديد في الأحكام).

وهكذا تتضح لنا أهمية هذا الموضوع، وكما قلت أولاً فإن اتصاله بالقضاء يجعله كفيلا بإثبات أهميته، والله سبحانه المستعان أولاً وآخرا.

الدراسات السابقة:

الواقع أن موضوع (الخلاف الفقهي) على أهميته في ميزان الشريعة، وعلى رغم ما كتب فيه وما قيل عنه أرى أنه لم يلق تلك العناية التي تُبرز مكَامِنه، وتضبط أحكامه وقواعده، وعلى رغم ما ألف في هذا المجال من الكتب التي تصلح للتبصير بهذا الصرح العلمي الهام كرسالة (رفع الملام عن الأئمة الأعلام) لشيخ الإسلام ابن تيمية، وكتاب محمد بن رشد (بداية المجتهد) وكذلك الكتب التي درست ظاهرة التعارض والترجيح في نصوص الشريعة... مع ذلك كله إلا أن الدراسات الفقهية لم تستجمع أطراف هذا التراث الزاخر لتصوغ منه نظرية جديدة للسيطرة على الخلاف، سيما في القضاء الذي هو أحد دعائم الدين وأركان الدولة الإسلامية.

ومع أهمية القضاء في الإسلام، وما للخلاف الفقهي من تأثير بارز في أحكامه لم أر بحسب علمي من أفرد لهذا الموضوع كتاباً يستقل بمعالجة ظاهرة الخلاف في مسائل الدعاوى، وإنما هي إشارات وقطوف مبثوثة في ثنايا كتب الفقه والأصول وبعض كتب القضاء.

وقد برزت بعض الدراسات الحديثة تدرس جانبا من جوانب هذا البحث، وبمنظور فقهي بحت، دون التطرق للقضاء واجتهاد الحاكم فيما تنازع الفقهاء فيه إلا إشارات يسيرة لا تشفي العليل ولا تغني عن الكتابة في هذا الموضوع وإفراده بالبحث، ومن أهمها:

١- أثر اختلاف الفقهاء في الشريعة، للدكتور أحمد الأنصاري.

٢- مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه، لشويش هزاع.

٣- مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ليحيى سعيدي.

٤- مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية لمحمد شقرون.

٥- تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية لإسماعيل كوكسال.

٦- العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر بن عبد الكريم الجيدي.

٧- نظرية الأخذ بما جرى به العمل لعبد السلام العسري.

أسباب اختيار الموضوع:

أما عن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع فيمكن إجمالها فيما يلي:

١- ما لهذا الموضوع من أهمية كما سبق بسط ذلك.

٢- أن الخلاف الفقهي له أثر بارز في فصل الخصومات بين الناس، وتتعلق به مسائل وأحكام تهم القضاة والمفتين أكثر مما تهم غيرهم، فكان لابد من بحث هذا الموضوع وإخراجه للوجود، وبحسب علمي لم أر من أفرده في كتاب مستقل، وإن كانت بنوده مبثوثة في ثنايا كتب الفقه والقضاء، فأحببت أن ألم شتاته، وأجمع مسائله، مع ضبط ذلك بالميزان الذي جاءت به الشريعة وبينه علماء الدين، عسى الله أن ينفع به عامة المسلمين وخاصتهم، وهو – سبحانه – الموفق لكل خير.

٣- وقد كان الباعث الأقوى على اختيار هذا الموضوع ما أودعه

الله في قلبي من حب التفقه في القضاء والاطلاع على ما دونه علماء المسلمين في هذا الصرح العلمي الهام، وقد وافق أني كنت ذات مرة أقرأ في كتاب (صنوان القضاء وعنوان الإفتاء) للفقيه القاضي عماد الدين محمد بن إسماعيل الإشفورقاني الحنفي المتوفى سنة (٦٤٦هـ)، فوقفت فيه على فصول مهمة تتعلق بالخلاف الفقهي، وما له من آثار على الحكم القضائي ... فأضمرت ذلك في نفسي، وقلت: إن يسر الله الكريم بفضله ومنه كتبت عن هذا الموضوع.

٤- ومما دفعني إلى الكتابة في مثل هذا الموضوع أن كثيراً من الناس لا يعبأ بأقوال المجتهدين ولا يرفع بها رأساً - مع اتفاق العلماء على أن الحق لا ينحصر في مذهب معين -، وهذا إن كان مستوجباً للذم في باب الفقه والفتيا فهو في القضاء آكد في الذم ؛ لأن القاضي مأمور شرعاً أن يحكم بالحق وينشده حيث كان، حسبما يؤديه إليه اجتهاده، لا بمحض التعصب والهوى، وهذا قول جُملي، وتفصيله يحتاج إلى بيان وهو ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع.

٥- وينضم إلى ما ذكر من الأسباب ظهور بعض الاجتهادات المعاصرة التي تدعو إلى تحريف الأحكام القضائية بحجة المرونة التي يتصف بها الإسلام ومواكبة المستجدات، واتخذت من الخلاف الفقهي ذريعة لما تقول، فجاء هذا البحث محاولة لاستجلاء الحق في هذا المجال، وتأصيلاً لما ينبغي أن يتخذ إزاء ذلك بما لا يخالف الشريعة، ويحقق مصلحة الناس.

صعوبات البحث:

إن طبيعة هذا الموضوع اقتضت شيئاً من الصعوبات والعراقيل، وذلك أنه -كما أسلفت - لم يفرد ببحث مستقل، ولا بسط فيه القول بما يكفي ويشفي إلا إشارات مبثوثة في ثنايا كتب الفقه والأصول.

يضاف لذلك أنه موضوع بالغ الخطورة، فالحكم على اجتهادات أئمة الإسلام أشد من فصل القضايا والحكم بين الخصوم، ما بالك لو كان الناظر في هذه الاجتهادات ليس مؤهلاً لهذه الحكومة !.

وإذ كنت طالباً مبتدئاً في العلوم الشرعية، و لم أتزود بعدُ بما من شأنه أن يجلي خفايا هذا الموضوع، ويبين حقائقه أتم البيان، فلا غرو والحال هذه أن يكتنفه شيء من النقص، ويعرضَ في طريقه الكثير من العراقيل والإشكالات.

ولما لم يكن لي بعد الله معين من خلقه شمرت عن ساعد الجد، واقتحمت هذا الموضوع الخطير مستعيناً بالله وحده، ومستغيثاً به سبحانه أن يلهمني الصواب، وأن يجنبني ضلالات البحث والتصنيف.

وقد حاولت جاهداً - وإن كانت بضاعتي في العلم مزجاة - أن أؤصل لهذا الموضوع بدل الاهتمام بفروعه ؛ إذ كان ذلك خير ما تعالج به حوادث العلوم ومستجداها، وأما الإتيان على جميع الفروع فدونه تنقضي الآجال، مع أنه لا يحصل من عدها وتكرارها ما يحصل من التأصيل.

وعلى كل حال، فلم أدخر جهداً وعلما حباني الله به في إثراء هذا الموضوع، فإن أصبت فالتوفيق من الله وحده، وإن أخطأت فما على المبتدئ حرج أن يخطئ في طريق التعلم.

ويرحم الله امرأ نظر في هذا الكتاب بعين محب ناصح عليم، فأقام اعوجاجه، وتدارك عثاره، ثم اعتذر لصاحبه ودعا له، ولم يجعل النقد غايته وشعاره، وما أجاد قول أبي إسحاق الشاطبي -رحمه الله- في هذا المعنى إذ قال في (عقيلة أتراب القصائد) [(١)]:

من عاب عيباً لـــه عـــذر فـــلا وزرا ينجيه من عزمـــات اللـــوم متئـــراً

وإنمـــا هـــي أعمـــال بنيتـــها خذ ما صفا واحتمل بالعفو ما كـــدرا

---

(١) البيتان رقم: ٢٨٧-٢٨٨.

منهج البحث:

تعتمد هذه الدراسة في مجملها على المنــهج التحليلــي الوصــفي والاستنباطي، واتبعت في إعداده ونظمه الإجراءات التالية:

١- جمع المادة العلمية من مظانها المعتبرة في الفقه الإسلامي وعلوم الشريعة.

٢- ذكر أقوال العلماء في المسائل الخلافية، وأكتفي بمذاهب الأئمة الأربعة ومذهب الظاهرية، مع عزو ذلك كله إلى مظانه الأصلية.

٣- ذكر أدلة الأقوال مع الموازنة بينها وترجيح الــرأي المختــار مدعماً بالأدلة.

٤- إثبات المواد القضائية التي عليها العمل في بعض المحاكم عنــد الحاجة لذلك.

٥- ذكر نص القاعدة باللفظ الذي أورده به الفقهــاء، وربمــا تصرفت في صياغتها عند اقتضاء الحال لذلك مع شرح القاعــدة ومفرداتها شرحاً يبين المراد.

٦- ذكر أدلة القاعدة ومن أخذ بمضمونها من العلماء ومن ردها منهم مع أدلة كل فريق وترجيح الرأي المختار بدليله.

٧- ذكر آثار اختلاف الفقهاء في القاعدة بذكر الأمثلة الفقهيــة من غير استقصاء لجميع الفروع ، وإنما أكتفي من ذلك بما هــو مجال لحكم الحاكم.

٨- عزو الآيات إلى سورها مع ذكر رقمها في المصحف.

٩- تخريج الأحاديث النبوية من المصادر المعتمدة، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت به وإلا خرجته من مصادر السنة المعتمدة مع ذكر حكمه صحة وضعفاً مستعيناً في ذلك بأقوال العلماء المعتنين بتخريج الأحاديث والحكم عليها.

١٠- الترجمة للأعلام غير المشهورين ترجمة موجزة.

١١- التعريف بالمصطلحات العلمية والكلمات الغريبة.

١٢- وضع الفهارس العامة في نهاية الكتاب على ما يأتي في الخطة.

خطة الدراسة

تشتمل هذه الدراسة على مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة:

المقدمة: وتشمل ما يلي:

- الافتتاحية.
- موضوع الدراسة.
- أهمية الموضوع.
- الدراسات السابقة.
- أسباب اختيار الموضوع.
- منهج البحث .
- خطة الدراسة.

التمهيد: التعريف بالخلاف الفقهي والحكم القضائي. وفيه فصلان:

الفصل الأول: التعريف بالخلاف الفقهي (ماهيته، أنواعه، نشأته، أسبابه،) وفيه مبحثان.

المبحث الأول: تعريف الخلاف الفقهي وأنواعه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الخلاف.

المطلب الثاني: أنواع الخلاف الفقهي .

المبحث الثاني: نشأة الخلاف الفقهي وأسبابه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشأة الخلاف الفقهي .

المطلب الثاني: أسباب الخلاف الفقهي (باختصار).

الفصل الثاني: التعريف بالحكم القضائي وأنواعه، وحكم تقنينه والإلزام به) وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحكم القضائي وشروطه. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: تعريف الحكم القضائي باعتباره علماً على الإلزام .

المطلب الرابع: شروط الحكم القضائي.

المبحث الثاني: أنواع الحكم القضائي وطبيعته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أنواع الحكم القضائي.

المطلب الثاني: طبيعة الحكم القضائي.

المبحث الثالث: تقنين الأحكام القضائية والإلزام بها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التقنين.

المطلب الثاني: حكم تقنين الأحكام القضائية والإلزام بها.

الباب الأول: أثر اختلاف الفقهاء في الوقائع القضائية وطرق الإثبات وموقف القاضي منه. وفيه فصلان:

الفصل الأول: موقف القاضي من البت في الوقائع المختلف فيها. وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول : التعريف بالواقعة وأقسامها وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالواقعة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أقسام الوقائع.

المبحث الثاني: أهمية الواقعة القضائية وأنواعها وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أهمية الواقعة القضائية:

المطلب الثاني: أنواع الواقعة القضائية:

المبحث الثالث: اجتهاد القاضي في مسائل الخلاف. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد وشرائطه.

المطلب الثاني: حكم اجتهاد القاضي.

المطلب الثالث: مجالات الاجتهاد القضائي.

المبحث الرابع: مسالك الاجتهاد القضائي في مسائل الخلاف، وفيه عشرة مطالب:

المطلب الأول: مراعاة القواعد العامة في الترجيح.

المطلب الثاني: الجمع بين النظر في القواعد الكلية والأدلة الجزئية.

المطلب الثالث: مراعاة الواقع في تقرير الحكم القضائي.

المطلب الرابع: مراعاة المآل واعتباره في الأحكام.

المطلب الخامس: مراعاة التوسط والاعتدال.

المطلب السادس: مراعاة الخلاف.

المطلب السابع: اعتبار ما جرى به العمل.

المطلب الثامن: مراعاة الاحتياط.

المطلب التاسع: اعتبار النوايا والمقاصد.

المطلب العاشر: اعتبار الضرورات.

المبحث الخامس: مراعاة العوامل المؤثرة في القضايا، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: العرف والعادة.

المطلب الثاني: سد الذرائع.

المطلب الثالث: رفع الحرج.

المطلب الرابع: المصلحة.

المبحث السادس: القضاء بالمذهب المقلد، وبخلاف مذهب الخصوم، وبالقول المرجوح والرخصة الفقهية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القضاء بالمذهب المقلَّد.

المطلب الثاني: القضاء بخلاف مذهب الخصوم.

المطلب الثالث: القضاء بالقول المرجوح والرخصة الفقهية.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في الوقائع القضائية وطرق الإثبات. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في الواقعة القضائية، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: وجوب التريث في إصدار الأحكام.

المطلب الثاني: عرض الواقعة على أهل المشورة.

المطلب الثالث: التيسير في الأحكام.

المطلب الرابع: إسقاط الحدود بشبهة الخلاف.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في طرق الإثبات، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بطرق الإثبات.

المطلب الثاني: اجتهاد القاضي في تمحيص طرق الإثبات.

المطلب الثالث: القضاء بالسياسة الشرعية.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على إصدار الحكم في الواقعة المختلف فيها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إبرام الحكم القضائي.

المطلب الثاني: ارتفاع الخلاف وتغير الفتوى.

الباب الثاني: أثر اختلاف الفقهاء في قواعد الحكم على مسائل قضائية. ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: القواعد التي يبنى عليها تقرير الحكم القضائي، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- تحديد أنواع التعزير على أنواع المخالفات.

٢- إثبات الحدود بالقرائن الحديثة.

٣- تضمين الساعي بالفساد مع المباشر لتغير الزمن.

٤- تحديد الزواج بسن معين.

٥- المنع من تعدد الزوجات.

٦- جعل الطلاق بيد القاضي.

المبحث الثاني: ما قوي مدركه من مسائل الاجتهاد يراعى فيه الخلاف. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- قضاء القاضي بعلمه.

٢- القضاء بالقافة.

٣- النكاح بدون ولي.

٤- نكاح الشغار.

المبحث الثالث: اختلاف الفقهاء شبهة تدرأ بها الحدود، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- إسقاط الحد عمن وطئ في نكاح مختلف فيه.

٢- إسقاط الحد عن السارق للاختلاف في مقـــدار نصـــاب السرقة.

٣- إسقاط الحد عن السارق للاختلاف في وقت تقويم السرقة.

المبحث الرابع: من سقطت عنه العقوبة لموجب ضوعف عليه الغرم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- تضعيف الدية على المسلم إذا قتل ذمياً.

٢- تضعيف الدية على الأعور إذا قلع عين الصحيح.

٣- تضعيف الدية على الصبي إذا قتل عمداً.

المبحث الخامس: الحكم بنقيض القصد الفاسد. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- حرمان قاتل مورثه من الميراث.

٢- توريث المطلقة في مرض الموت المخوف.

٣- تحريم المرأة على من تزوجها في العدة وهو عالم بالتحريم

الفصل الثاني: القواعد المتعلقة بطبيعة الحكم القضائي بعد صدوره:

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة.

١- حكم القاضي بالنكاح المبني على شهادة الزور.

٢- تحريم المرأة على من شهد بتطليقها زوراً.

٣- الحكم فيمن ألزمه القاضي بإمساك مطلقته.

٤- نقض الأحكام القضائية إذا تبين جرح الشهود.

المبحث الثاني: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- القضاء بشاهد ويمين.

٢- القضاء بصحة نكاح بلا ولي.

المبحث الثالث: حكم الحاكم لا ينفذ فيمن يتهم به، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- قضاء القاضي لنفسه وشريكه.

٢- قضاء القاضي لأقاربه ومن لا تجوز شهادته لهم.

المبحث الرابع: لا ينفذ الحكم على الغائب إلا تبعاً لمدع حاضر، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- الحكم على الغائب في حقوق الله.

٢- الحكم على الغائب في حقوق الآدميين.

٣- الحكم على الغائب فيما يجمع بين الحقين.

المبحث الخامس: لا ضمان على القاضي إذا أخطأ في الحكم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرح القاعدة وبيان معناها.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث: أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة:

١- تغريم بيت المال إذا أخطأ الحاكم في الحكم باجتهاد خطأ.

٢- تغريم الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد حكم تضمن إتلافاً.

الخاتمة، وتشمل:

١- أهم نتائج الدراسة.

٢- الفهارس، وهي بالجملة سبعة:

أ- فهرس الآيات.

ب- فهرس الأحاديث.

ج- فهرس الآثار.

د- فهرس المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة.

هـ- فهرس الأعلام المترجم لهم.

ز- فهرس المصادر والمراجع.

ح- فهرس الموضوعات.

شكر واعتذار

يجدر بي في مطلع هذا الكتاب أن أثني على الله جل جلاله بما هو أهله ؛ إذ كان لي عوناً ومدداً في إنجاز هذه الدراسة على الوجه الذي هي عليه، فإليه سبحانه أرفع أسمى آيات الحمد والتبجيل وأقول: { الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله }، والحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات، والحمد لله الذي أمدني بعونه، وحباني من فضله، وفتح لي من أبواب رحمته ما أغناني به عن رحمة من سواه.

ولما كان من تمام حمد الله وشكره شكرُ من أسدى للناس معروفه، وسعى في قضاء حوائجهم، فإني أخص بالشكر الجزيل والثناء العطر شيخي ومعلمي الأستاذ الدكتور عبد المحسن المنيف الذي تفضل بالإشراف على هذه الدراسة، يقر صوابها، ويرشد لمكامن الخلل فيها، فالله أسأل أن يجزيه عني خير ما جزى معلماً على تعليمه.

ولا أنسى هنا أن أنوه بثلة من المشايخ العلماء الذين أسهموا في إنجاز هذا البحث بإرشاداتهم القيمة ونقدهم البناء، وعلى رأسهم فضيلة المناقشين الكريمين: أ.د. عبد السلام بن سالم السحيمي، ود. عبد الرحمن سعدي الحربي، وفضيلة الشيخ د. عبد الله بن علي السديس الذي نفعني الله كثيراً بتوجيهاته النيرة وتنبيهاته المثمرة، فالله تعالى يجزيهم عني جميعاً خير الجزاء، ويمد في عطائهم العلمي النافع إنه سميع مجيب.

والشكر موصول هنا إلى الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة وكلية

الشريعة التي تخرجت في رحابها، ونهلت من معينها ردحاً من الزمن الجميل، فالله تعالى يتولى أهلها والقائمين عليها بالحفظ والرعاية، ويجزيهم من الخير الجزاء الأوفى على ما يقدمونه من نصح للإسلام والمسلمين، وأن يكلأ الجامعة الميمونة ويمد في عمرها شامخة عزيزة إلى يوم الدين.

كما أسأله تعالى جل شأنه وعَظُم حلمه أن يتولى والدَي الكريمين اللذَين كان لهما فضل السبق في تنشئتي على سَنن أهل العلم بواسع رحمته وجزيل عفوه ومنته، ويسكنهما فسيح جنته، وأن يعم بهذا الفضل سائر من علمني وأحسن إلي إنه جواد كريم.

ولا يفوتني أن أسجل هنا شكري وتقديري الكبيرين للإخوة الزملاء الذين أمدوني بوقتهم وخبراتهم في تنسيق الأبحاث العلمية وتهذيبها، وبالأخص الأخ الفاضل عارف أبو تمام الحمزي، فلهم مني جميعاً كل الحب والوفاء على جميل ما بذلوه.

وفي ختام هذه الكلمة أود الاعتذار للقارئ الكريم عما عسى أن يكون قد اكتنف هذه الرسالة من خطأ أو زلل غير مقصود، وأعلمه بأن صدري رحب لقبول ملحوظاته وأخذها بعين الاعتبار، والله يتولاه بحسن رعايته وجميل عطفه ومنته، والحمد لله رب العالمين.

التمهيد:

- التعريف بالخلاف الفقهي والحكم القضائي -

الفصل الأول

التعريف بالخلاف الفقهي -ماهيته أنواعه نشأته أسبابه-

الفصل الثاني

التعريف بالحكم القضائي وأنواعه وحكم تقنينه .

الفصل الأول

التعريف بالخلاف الفقهي -ماهيته، أنواعه، نشأته، أسبابه -

المبحث الأول: تعريف الخلاف الفقهي وأنواعه

المبحث الثاني: نشأة الخلاف الفقهي وأسبابه

المبحث الأول

تعريف الخلاف الفقهي وأنواعه

المطلب الأول

تعريف الخلاف الفقهي

١- تعريف الخلاف في اللغة:

الخِلاف: مصدر خالف يخالف، ومعناه في اللغة: المضادة ضد الوفاق، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَرِحَ ٱلْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَٰفَ رَسُولِ ٱللَّهِ ﴾[(١)] أي: مخالفة رسول الله ﷺ، واشتقاقه من مادة (خلف)، وهي أصل في اللغة لمعان كثيرة [(٢)].

قال ابنُ فارس[(٣)]: "الخاء واللام والفاء: أصول ثلاثة: أحدها: أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني: خلاف قُدام، والثالث: التغير...وأما قولهم: اختلف الناس في كذا، والناس خِلفة أي مختلفون فمن الباب الأول؛ لأن كل واحد منهم ينحي قول صاحبه، ويقيم نفسه مقام

---

(١) سورة التوبة، آية:٨١.

(٢) انظر: الصحاح ١٣٥٧/٤، لسان العرب٩/٨٢-٨٧، المصباح المنير١/١٧٨.

(٣) أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد القزويني أبو الحسين ، فقيه لغوي بارع حسن التصنيف، كان فقيهاً شافعياً فانتقل في آخر عمره إلى مذهب مالك. من آثاره: (مجمل اللغة) و(مقاييس اللغة) و(الصاحبي)، توفي سنة ٣٩٥هـ. ينظر: وفيات الأعيان ١/١١٨، الوافي بالوفيات ١٨١/٧، الأعلام ١/١٩٣.

الذي يخالفه" [١].

والخلاف والاختلاف بمعنى واحد حسبما يقول أهل اللغة كما سيأتي[٢]، و من العلماء مَن فرق بينهما، فجعل الخلاف ما كان من قبيل اللجاج والخصام والمخالفة من دون دليل، والاختلاف ما كان منشؤه الدليل والحجة، والحاصل من هذا الفرق: ثبوت الضعف في جانب المخالف في (الخلاف) كمخالف الإجماع جانبه في (الاختلاف) [٣].

وقد وقع في كلام بعض الأصوليين عدم اعتبار هذا الفرق [٤]، وعليه يدل أصل التصريف في هذين البناءين؛ فإن (فاعل) و(افتعل) يتفقان في معنى

(١) مقاييس اللغة٢/٢١٠،٢١٣.

(٢) هذا ما ظهر لي من معاجم اللغة التي رجعت إليها، فلم تفرق بين الكلمتين كما جرى عليه بعض المصنفين. انظر مع المراجع السابقة: المفردات في غريب القرآن ص ١٥٦.

(٣) وأكثر من وجدته يميل إلى هذه التفرقة هم الأحناف، ويدل له قول تقي الدين بن السبكي في فتاويه: "وهكذا يقول الحنفية في الخلاف الشاذ: إنه خلاف لا اختلاف، يعنون بذلك أنه إنما يعتبر الاختلاف المشهور القريب المأخذ، أما الخلاف الشاذ البعيد فهو خلاف لأهل الحق" فتاوى السبكي ٢/١٩. وانظر: تبيين الحقائق ٢/٢٥٨، فتح القدير ٧/٣٠٢، البحر الرائق ٧/١١، وانظر أيضاً:كشاف اصطلاحات الفنون ١/١١٦-١١٧، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢/٤٤.

(٤) انظر: الموافقات للشاطبي ٣/١٢١،١٢٣.

من معانيهما، وهو الاشتراك في الفعل كما نص على ذلك أئمة اللغة [١]، وهذا المعنى لا بد منه في (الخلاف) كما هو بين، وغاية ما يمكن إثباته من الفرق بينهما: أن البناء الأول متعد، والثاني لازم، وهو فرق لا يغير المعنى، فالذي يبدو أن هذه التفرقة اصطلاح محض، وليس لها سند من لسان العرب، واستعمالُ الفقهاء لهما بمعنى واحد شاهد لذلك، والله أعلم.

٢- تعريف الخلاف الفقهي اصطلاحاً:

إذا رجعنا إلى مصادر اللسان العربي نجد أن من معاني (الخلاف) أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله أو قوله، وأن الخلاف أعم من الضد؛ لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين [٢].

والخلاف الفقهي لا يخرج عن هذا المعنى في عرف الفقهاء، إلا أنه يختص بالمسائل التكليفية العملية، ولا مدخل له في الاعتقادات وأمور الآخرة، ومن هنا يمكن تعريفه بأنه: "الأقوال المتباينة في أحكام المسائل الشرعية العملية مما كان منشؤه الدليل والحجة".

فهو نزاع يختص بتصرفات المكلفين التعبدية والعملية؛ إذ إن هذا هو موضوع الفقه، أما العقائد والأمور النظرية فلا ينسب الخلاف فيها إلى الفقه، وإنما يقال: خلاف عقدي، أو خلاف أصولي، أو نحو ذلك.

---

(١) انظر: الممتع في التصريف لابن عصفور ١/١٩٣، أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك لابن هشام ٤/٣٩٥ .

(٢) انظر: مفردات القرآن ص ١٥٦، المصباح المنير ١/١٧٩.

وبالتأمل في هذا التعريف تظهر العلاقة جلية بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي لهذه الكلمة، فكل منهما مشتمل على معنى التباين والتضاد والتخالف، إلا أن هذا المعنى خصه الفقهاء بالمسائل الشرعية العملية دون غيرها.

المطلب الثاني
أنواع الخلاف الفقهي

اختلاف المجتهدين في مسائل الفقه كانت له آثار كثيرة في الحكم على تصرفات المكلفين وأفعالهم، سواء في باب الفقه والفتيا، أو في باب الحكم والقضاء، وقد شغل أيضاً حيزا كبيراً من مباحث علم الأصول مثل الاجتهاد، وطرق الترجيح، وأحوال المفتي والمستفتي وما إلى ذلك، ومهما يكن لاختلاف الفقهاء من شأن واعتبار ومراعاة فإنه ليس كل خلاف كذلك، بل الخلاف الفقهي على قسمين:

القسم الأول: الخلاف المحمود: وهو نوعان:

النوع الأول: ما يرجع في حقيقته إلى الوفاق: وهو: الاختلاف في الاختيار والأولى بعد الاتفاق على جواز الجميع، كالاختلاف في أنواع الأذان والإقامة، وصفات التشهد والاستفتاح، وأنواع النسك الذي يُحرم به قاصد الحج والعمرة، وأنواع صلاة الخوف، والأفضل من القنوت أو تركه، ومن الجهر بالبسملة أو إخفائها ونحو ذلك، فهذا وإن كان صورته

صورة اختلاف فهو اتفاق في الحقيقة، وحكم هذا النوع ظاهر [١].

النوع الثاني: الخلاف الذي تتضارب فيه الأدلة، وتختلف فيه الأنظار، ويلتبس فيه وجه الحق على كثير من الناس بسبب خفاء وجهه، وهو: ما كان منشؤه الاجتهاد المعتبر شرعاً الصادر عن أهله الذين اضطلعوا بمعرفة ما يفتقر إليه الاجتهاد، وكانوا مع ذلك على بصيرة بمقاصد الشريعة ومآلات الأحكام، فهذا هو الخلاف المعتبر، وهو خلاف المجتهدين من فقهاء ومفتين وحكام، وهو المقصود في هذا السياق [٢].

الأدلة على جواز هذا الخلاف، وأنه محمود:

نصوص الشريعة وأصولها متضافرة على اعتبار هذا الخلاف وجوازه، وذلك من وجوه:

١- أنه خلاف نتج عن الاجتهاد المأمور به شرعاً، فلا أقل أن يؤجر صاحبه؛ لأنه قصد إظهار حكم الشرع في تلك المسألة، واستفرغ جهده لذلك، و لم يكن قصده مخالفة الحق الذي ظهر لغيره، وهذا هو الظن بأئمتنا -رحمهم الله-.

يقول شيخ الإسلام ابنُ تيمية [٣] -رحمه الله-: "وليعلم أنه ليس لأحد

---

(١) انظر: الصواعق المرسلة ٥١٨/٢-٥١٩، الموافقات ٢١٠/٥-٢١٨.

(٢) انظر الكلام على هذا النوع بإسهاب في: الصواعق المرسلة٥١٥/٢، الموافقات ١٣١/٥، ١٤٧.

(٣) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي، أبو العباس =

من الأئمة المقبولين عند الأمة قبولا عاماً أن يتعمد مخالفة رسول الله ﷺ في شيء من سنته دقيق ولا جليل؛ فإنهم متفقون اتفاقاً يقينيا على وجوب اتباع الرسول، وعلى أن كل أحد من الناس يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله ﷺ، ولكن إذا وجد لواحد منهم قول قد جاء حديث صحيح بخلافه، فلا بد له من عذر في تركه" (١).

وقد دل الكتاب والسنة على أن من كان هذا سبيله من المجتهدين في تحري الحق وإصابته فهو بين الأجر والأجرين:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَـٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَـٰهَا سُلَيْمَـٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾ (٢).

= تقي الدين، شيخ الإسلام، قال ابن سيد الناس: "ألفيته ممن أدرك من العلوم حظاً، وكان يستوعب السنن والآثار حفظاً، إن تكلم في التفسير فهو حامل رايته، وإن أفتى في الفقه فهو مدرك غايته، أو دان بالحديث فهو صاحب علمه وذو روايته، أو حاضر بالنحل والملل لم ير أوسع من نحلته، برز في كل فن على أبناءه جنسه، ولم تر عين من رآه مثله، ولا رأت عينه مثل نفسه" وشهرته تغني عن الإسهاب في ذكر مناقبه، وخلف آثاراً كثيرة جداً، منها: (درء تعارض العقل والنقل) (منهاج السنة) توفي سنة ٧٢٨هـ. انظر: البداية والنهاية ١٤/١٣٥، الدرر الكامنة ١/١٦٨، شذرات الذهب ٦/٨٠-٨٢.

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام ص: ٩-١٠.

(٢) سورة الأنبياء، آية: ٧٨-٧٩ .

فأثنى الله سبحانه على سليمان، ولم يذم داود، بل قـال: ﴿وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾، فدل ذلك على رفع الإثم عمن أخطأ في اجتهاده، وأنه مأجور مع ذلك[١].

ومن السنة: قول النبي ﷺ: "إذا حكم الحاكمُ فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" [٢].

قال الإمام ابن تيمية: "فتبين أن المجتهد مع خطئه له أجر؛ وذلك لأجل اجتهاده، وخطؤه مغفور له؛ لأن إدراك الصواب في جميع أعيان الأحكام إما متعذر أو متعسر، وقد قال الله تعـالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [٣]، وقال سـبحانه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [٤].

٢- أن هذا الخلاف لم يزل واقعاً في الأمة من لدن عهد الرسالة، فقد حدث على عهد النبي ﷺ بين أصحابه ﷺ، وأقرهم عليه كما سيأتي

---

(١) انظر : تفسير ابن كثير ١٨٧/٣، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٠٨/١١.

(٢) أخرجه من حديث عمرو بن العاص: البخاري في صحيحه: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (٢٦٧٦/٦ح٦٩١٩)، ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد (٣/ ١٣٤٢ح ١٧١٦).

(٣) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٤) سورة البقرة، آية:١٨٥. وانظر: رفع الملام ص: ٣٣-٣٤.

التمثيل لذلك بحول الله، ثم بعد وفاته عليه الصلاة والسلام حدث بينهم من هذا الخلاف ما لا يأتي عليه حصر حاصر، كاختلافهم في الجد مع الإخوة، وعتق أم الولد بموت سيدها، ووقوع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، وفي تكبيرات الجنازة، وفي بعض مسائل الربا، وفي بعض نواقص الوضوء وموجبات الغسل، وبعض مسائل الفرائض، وغير هذا كثير جداً، ومن كثرته أفردت له كتب مصنفة (١).

وعلى هذا كان التابعون لهم بإحسان يختلفون بتجدد الاجتهاد والنظر في المسائل المستجدة من غير مخاصمة ولا إنكار، وكتب الفقه مملوءة بنقل أقوالهم، وعلى ذلك استمر العمل حتى عصرنا الحاضر، وهو دليل على ضرورة وقوع هذا اللون من الخلاف (٢).

٣- أن اختلاف العلماء - رحمهم الله - متى صدر على هذا النحو فإنه يكون رحمة بالأمة وتوسعة عليهم؛ لما يترتب عليه من أحكام تتسم بالتيسير ورفع الحرج كما سيأتي بيانه، وهو معنى ما نقل عن جماعة من العلماء رحمهم الله، فأثر عن عمر بن عبد العزيز قوله: "ما يسرني أن لي

---

(١) انظر طرفاً من هذا الخلاف مسنداً إلى الصحابة في كتاب ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله (٢/٩١٣-٩٢١) .

(٢) وقد أقر المجمع الفقهي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة الخلاف الفقهي بين المذاهب المعتبرة، وأصدر فيه قراراً، انظره في مجلة البحوث العلمية السنة الثانية ع: ٣ ص: ١٧٣.

باختلاف أصحاب النبي ﷺ حمر النعم" [١].

وقال القاسم بنُ محمد [٢]: "لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبي ﷺ في أعمالهم، لا يعمل العامل بقول رجل منهم إلا رأى أنه في سعة، ورأى أن خيراً منه قد عمله" [٣].

وقال محيي الدين النَّووي [٤]: "اعلم أن معرفة مذاهب السلف

(١) الأثر أخرجه عنه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله (٢/٩٠١- ٩٠٢، رقم: ١٦٨٨، ١٦٨٩) .

(٢) القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، أحد سادات التابعين وأئمتهم، وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، وكان من أفضل أهل زمانه، قال مالك: "كان القاسم من فقهاء هذه الأمة" وحَكى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: "لو كان لي من الأمر شيء لوليت القاسم بن محمد الخلافة" وله في الحديث باع، روى عن جماعة من الصحابة، وروى عنه جماعة من كبار التابعين، توفي سنة ١٠٨هـ. انظر: الطبقات الكبرى ١٨٧/٥، المنتظم لابن الجوزي ١٢٣/٧، وفيات الأعيان ٥٩/٤.

(٣) أخرجه ابن عبد البر في كتابه: جامع بيان العلم وفضله (٢/٩٠٠-٩٠١، رقم: ١٦٨٦) .

(٤) يحيى بن شرف بن مري أبو زكريا محيي الدين النووي، قال عنه ابن السبكي: "شيخ الإسلام، وأستاذ المتأخرين، والداعي إلى سبيل السالفين، الزاهد الورع المتفنن في أصناف العلوم"، له مصنفات كثيرة منها: (المنهاج شرح صحيح مسلم ابن الحجاج) و(التبيان في آداب حملة القرآن) توفي ٦٧٦هـ. =

بأدلتها من أهم ما يحتاج إليه لأن اختلافهم في الفروع رحمة، وبذكر مذاهبهم بأدلتها يعرف المتمكن المذاهب على وجهها والراجح من المرجوح، ويتضح له ولغيره المشكلات" [(١)].

وقال ابن قُدامة [(٢)] في مقدمة كتابه (المغني): "أما بعد...فإن الله برحمته وطَوله جعل سلف هذه الأمة أئمة من الأعلام، مهد بهم قواعد الإسلام، وأوضح بهم مشكلات الأحكام، اتفاقهم حجة قاطعة، واختلافهم رحمة واسعة" [(٣)].

وقال الإمام ابن تيمية: "والنزاع في الأحكام قد يكون رحمة إذا لم يفض إلى شر عظيم من خفاء الحكم، ولهذا صنف رجل كتاباً سماه (كتاب الخلاف) فقال له أحمد: سمه (كتاب السعة)، وأن الحق في نفس

= انظر ترجمته في: طبقات الشافعية لابن السبكي ٣٩٥/٨، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٥٣/٢.

(١) المجموع ١٩/١.

(٢) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة موفق الدين أبو محمد المقدسي الحنبلي، علم من أعلام الفقهاء الحنابلة، "انتهت إليه معرفة المذهب وأصوله، وكان مع تبحره في العلوم ويقينه ورعاً زاهداً تقياً ربانياً عليه هيبة ووقار، وفيه حلم وتؤدة، وأوقاته مستغرقة للعلم والعمل" من آثاره: (المغني) (روضة الناظر) في أصول الفقه، توفي سنة ٦٢٠ هـ.

انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة ١٣٣/٢، شذرات الذهب ٨٨/٣ .

(٣) المغني ١٧/١.

الأمر واحد، وقد يكون من رحمة الله ببعض الناس خفاؤه؛ لما في ظهوره من الشدة عليه، ويكون من باب قوله تعلى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَسْـَٔلُوا۟ عَنْ أَشْيَآءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ ﴾ (١).

وقال ابن قيم الجَوزية (٢) بعد بيانه للخلاف المحمود: "وأهل هذا المسلك إذا اختلفوا فاختلافهم اختلاف رحمة وهدىً يقر بعضهم بعضاً عليه، ويواليه ويناصره، وهو داخل في باب التعاون والتناصر الذي لا يستغني عنه الناس في أمور دينهم ودنياهم" (٣).

٤- والناظر في أقوال المجتهدين يضطلع بجملة من الفوائد منها:

أولاً: معرفة مآخذ العلماء -رحمهم الله- في استنباط الأحكام، والوقوف على الأصول التي بنيت عليها مذاهبهم، والعوامل التي أدت إلى اختلافهم، وهذا ينمي ملكة فقهية لدى الناظر والمتفقه، ويكسبه إجلال

---

(١) سورة المائدة، آية: ١٠١، وانظر: مجموع الفتاوى ١٤/ ١٥٩.

(٢) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي، شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، الفقيه الأصولي المفسر النحوي المجتهد المطلق، برع في العلوم النقلية والعقلية، واختص بشيخه ابن تيمية، ولازمه مدة طويلة، وأجمع من ترجم له على إمامته وجلالة قدره، من آثاره: (زاد المعاد) (إعلام الموقعين) (مدارج السالكين). توفي سنة ٧٥١هـ. انظر ترجمته في: البداية والنهاية ١٤/٢٣٤، شذرات الذهب ٣/١٦٨، الأعلام ٦/٥٦.

(٣) الصواعق المرسلة ٢/٥١٦، ٥١٧ .

الأئمة على السواء بالوقوف على أعذارهم في مخالفة ما يبدو أنه الحق.

ثانياً: معرفة الراجح من الأقوال باستظهار أدلتها والموازنة بينها، ومن ثم معرفة مناط النصوص التي ظاهرها التعارض، وحمل كل دليل على ما يناسبه (١)، وهذا يثمر التحرر من ربقة الجمود والتقليد الذي لا يجر إلى كثير من الزلل والخطأ.

حكم هذا النوع من الخلاف:

وإذ قد علمنا جواز هذا الخلاف، ووقوعه في الأمة على وجه الضرورة، فالحكم فيه بعد ذلك يتعلق بأمور ثلاثة:

الأمر الأول: أنه لا إنكار في مسائله:

وهذا يكاد أن يكون إجماعاً من العلماء، وإنما يقع الخلاف بينهم في بعض أنواع الخلاف من جهة اختلافهم هل هي من هذا القسم أم ليست منه؟

وقد استفاضت نصوص الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم بذلك:

فمنها: ما أثر عن عمر ﷺ أنه لقي رجلاً فقال له: "ما صنعت؟، قال: قضى علي وزيد بكذا، قال عمر: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال الرجل: فما يمنعك والأمر إليك؟، قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه ﷺ لفعلت، ولكني أردك إلى رأي، والرأي مشترك " (٢).

---

(١) انظر كتاب: هداية الأنام لمعرفة أسباب اختلاف الصحابة والفقهاء في الأحكام ص: ٢٥- ٢٧.

(٢) أورده ابن عبد البر في جامع بيان العلم دون إسناد (٢/٨٥٤ رقم/١٦١٤)، وهو =

وقال يحيى بن سعيد القَطان[١]: "ما برح المستفتون يفتون، فيحل هذا، ويحرم هذا، فلا يرى المحرم أن المحلل هلك لتحليله، ولا يرى المحلل أن المحرم هلك لتحريمه" [٢].

وقال سفيان الثَّوري [٣]: "ما اختلف فيه الفقهاء فلا أنهى أحداً من إخواني أن يأخذ به" [٤].

وقال أبو العباس بن تيمية: "مسائل الاجتهاد من عمل فيها بقول

= مسند في تاريخ المدينة لابن شبة بلفظ قريب من هذا، انظر منه ج ٦٩٣/٢.

(١) يحيى بن سعيد بن فروخ أبو سعيد التميمي مولاهم البصري القطان، الحافظ الإمام، قال عنه الذهبي: "أمير المؤمنين في الحديث... عُني بهذا الشأن أتم عناية، وساد الأقران، وانتهى إليه الحفظ، وتخرج به الحفاظ، وكان في الفروع على مذهب أبي حنيفة فيما بلغنا إذا لم يجد النص". توفي سنة ١٩٨هـ. انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى ٢٩٣/٧، صفة الصفوة ٣٦٥/٣، سير أعلام النبلاء ١٧٥/٩.

(٢) جامع بيان العلم وفضله (٢/ ٩٠٢ رقم/١٦٩١).

(٣) سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع بن عبد الله الثوري، الإمام الحبر الهمام المجتهد، قال عنه الذهبي: "شيخ الإسلام إمام الحفاظ سيد العلماء العاملين في زمانه الكوفي المجتهد مصنف الجامع" توفي سنة ١٦١هـ. انظر ترجمته في الطبقات الكبرى ٣٧١/٦، سير أعلام النبلاء ٧/ ٢٣٠، تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ١٥١/٩.

(٤) أخرجه عنه الخطيب في الفقيه والمتفقه ١٣٥/٢.

بعض العلماء أو بأحد القولين لم ينكر عليه و لم يهجر" [١].

وإنما لم يسغ الإنكار في هذا النوع من الخلاف؛ لأنه ناشئ عن اجتهاد معتبر، ويقوى في النظر احتمال كون الصواب مع المخالف، ولهذا بين عمر ﷺ أن الرأي مشترك أو مشير، و لم ينقض ما خولف فيه من أقضية غيره من الصحابة مع أنه المحدّث الملهم [٢].

ومن أجله أيضاً قرر الفقهاء أنه:"لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد"، وهي قاعدة شرعية قضائية جرى بها العمل، وانعقد عليها إجماع الصحابة ومن بعدهم - رحمهم الله - [٣].

وإذا تقرر أنه لا إنكار في مثل هذا الخلاف فبالأحرى أن لا يوجب معاداة ولا افتراقاً في الكلمة ولا تبديداً للشمل؛ "فإن الصحابة ﷺ اختلفوا في مسائل كثيرة من مسائل الفروع...فلم ينصب بعضهم لبعض عداوة، ولا قطع بينه وبينه عصمة، بل كان كل منهم يجتهد في نصر قوله بأقصى ما يقدر عليه، ثم يرجعون بعد المناظرة إلى الألفة والمحبة والموالاة، من غير أن يضمر بعضهم لبعض ضغناً، ولا ينطوي له على معتبة ولا ذم، بل يدل المستفتي عليه مع مخالفته له، ويشهد له بأنه خير منه وأعلم منه، فهذا الاختلاف أصحابه بين الأجر والأجرين وكل منهم مطيع لله بحسب نيته

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٠٧/٢٠ .

(٢) انظر: جامع ابن عبد البر ٨٥٤/٢ إعلام الموقعين ٢٨٨/٣.

(٣) انظر بسط الكلام عن هذه القاعدة في ص: (٨٥٧) من هذه الرسالة.

واجتهاده وتحريه الحق" [١].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض العلماء فرقوا في هذا الموضع بين مسائل الخلاف ومسائل الاجتهاد، فجعلوا التوسعة على النحو الذي تقدم في مسائل الاجتهاد خاصة وهي المسائل التي تتضارب فيها الأدلة، وللخلاف فيها مساغ، أما مسائل الخلاف وهي مما تيقن المخالف كون الصواب في جانبه فله الإنكار على من خالفه بالحكمة واللين [٢].

الأمر الثاني: أن هذا الخلاف منه ما هو خطأ ومنه ما هو صواب.

والقول بعدم الإنكار فيه لا يقتضي أن يكون كل قول منه صواباً، بل الصواب ما عنَّ دليله وظهر، والخطأ في ضده، فلذلك لا يتخذ الخلاف مطية للعمل، أو حجة في الجدل، وإنما الواجب البحث عن أدلة الأقوال، والأخذ بما كان منها صواباً دون غيره، مع بيان ذلك للمخالف بالموعظة الحسنة دون الإنكار المصحوب بالتعنيف والخصام [٣].

وقد ذكر ابن عبد البر [٤] - رحمه الله - المسلك الصحيح في

---

(١) الصواعق المرسلة ٢/٥١٧-٥١٨ .

(٢) انظر في هذا: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/١٨١.

(٣) انظر طرفا من الآثار في هذا المعنى في: جامع بيان العلم وفضله ٢/٩١٣-٩٢٧.

(٤) يوسف بن عمر بن عبد البر بن عبد الله التجيبي القرطبي، الحافظ المجتهد، قال الباجي: "لم يكن بالأندلس مثل أبي عمر في الحديث، وهو أحفظ أهل المغرب".
من آثاره: (التمهيد لما في الموطأ من المعني والمسانيد) (جامع بيان العلم وفضله). =

التعامل مع هذا النوع من الخلاف حيث يقول: "الاختلاف إذا تدافع فهو خطأ وصواب، والواجب عند اختلاف العلماء طلب الدليل من الكتاب والسنة والإجماع والقياس على الأصول، وذلك لا يعدم، فإن استوت الأدلة وجب الميل مع الأشبه بما ذكرنا بالكتاب والسنة، فإن لم يتبين ذلك وجب التوقف، ولم يجز القطع إلا بيقين، فإن اضطر أحد إلى استعمال شيء من ذلك في خاصة نفسه جاز له ما يجوز للعامة من التقليد، واستعمل عند إفراط التشابه والتشاكل وقيام الأدلة على كل قول ما تطمئن إليه نفسه، ويبعد عن الريبة والشك" [1].

وهذا قانون شرعي محكَم، خليق بمن نظر في اختلاف العلماء أن يُعمله ويحتكم إليه، وأن لا يَعرض عنه لمجرد الهوى أو التعصب، ثم يعتذر لذلك بضروب من الأعذار الجدلية، والله يعصم من شاء بفضله ومَنه .

= توفي سنة ٤٦٣هـ. انظر: ترتيب المدارك ٨٠٨/٤، وفيات الأعيان ٦٦/٧، الديباج المذهب ٣٥٧/١.

(١) جامع بيان العلم وفضله بتصرف يسير ٩٠٣/٢.

الأمر الثالث: أن معرفة هذا الخلاف شرط في الاجتهاد [١] .

أطبق العلماء -رحمهم الله- على أن الدراية بمسائل الخلاف المعتبر شرط لا بد منه في المجتهد، سواء في ذلك المفتي والفقيه والحاكم، والوقوف على نصوصهم في هذا المقام تغني عن الإطناب في بيانه، فمن ذلك:

ما روي عن قَتادة [٢] أنه قال: "من لم يعرف اختلاف القراءة فليس بقارئ، ومن لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفقيه" [٣] .

وقال مالك بن أنس: "لا تجوز الفتيا إلا لمن علم ما اختلف الناس فيه، قيل له: اختلاف أهل الرأي ؟، قال: لا، اختلاف أصحاب محمد ﷺ، وعلم الناسخ والمنسوخ من القرآن ومن حديث رسول الله ﷺ " [٤].

وقال محمد بنُ الحسن [٥]: "من كان عالماً بالكتاب والسنة وبقول

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول ص ١٩٤، الموافقات ١٢١/٥،١٢٣.

(٢) قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي، أبو الخطاب، عالم البصرة، قال عنه الذهبي: "حافظ العصر، قدوة المفسرين والمحدثين، وكان من أوعية العلم وممن يضرب به المثل في قوة الحفظ"، من صغار التابعين، توفي بطاعون واسط سنة ١١٧هـ. انظر: الطبقات الكبرى ٢٢٩/٧، سير أعلام النبلاء ٢٦٩/٥.

(٣) أخرجه عنه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٨١٤/٢، ٨١٥.

(٤) أخرجه ابن عبد البر في (الجامع ٨١٨/٢) وابن حزم في (الإحكام ٣١٦/٦) .

(٥) محمد بن الحسن أبو عبد الله بن الحسن بن فرقد الشيباني، الإمام الحافظ صاحب أبي حنيفة، قال الإمام الشافعي: "حملت من علم محمد بن الحسن وقر بعير، ولو أشاء أن أقول: نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلته لفصاحته". =

أصحاب رسول الله ﷺ وبما استحسن فقهاء المسلمين وسعه أن يجتهد رأيه فيما ابتلي به، ويقضي به، ويمضيه في صلاته وصيامه وحجه، وجميع ما أمر به" [١].

وقال الإمام الشافعي: "ولا يكون لأحد أن يقيس حتى يكون عالماً بما مضى قبله من السنن وأقاويل السلف وإجماع الناس واختلافهم ولسان العرب" [٢].

وقال في موطن آخر: "ولا يجوز للقاضي ولا المفتي أن يقضي أو يفتي حتى يكون عالماً بالكتاب...وعالماً باختلاف العلماء" [٣].

= من آثاره: (الحجة على أهل المدينة) (الجامع الكبير) توفي سنة ١٨٧هـ . انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ١٧٢/٢، وفيات الأعيان ١٨٤/٤، الجواهر المضية في طبقات الحنفية ١٢٢/٣.

(١) ذكره ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٢/ ٨٥٧ .

(٢) الرسالة ص: ٥٠٩-٥١٠.

(٣) نقله عنه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٩٠٨/٢.

القسم الثاني: الخلاف المذموم، وقد يعبر عنه بالخلاف الملغي، وهو ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الخلاف الواقع بسبب مخالفة أصل أو دليل مقطوع به.

"فهذا الخلاف باطل ومذموم، وفساده معلوم بالاضطرار من دين الإسلام، ولا تحل به الفتيا ولا القضاء، وإن وقع فيه من وقع بنوع تأويل أو تقليد" [١].

ومثل هذا الخلاف لا يكاد يوجد بين أتباع المذاهب المشهورة إلا على وجه الندرة، ويكون سببَه قصور في درك تلك المسألة مع استعجال في إصدار حكمها المشروع قبل استفراغ الجهد وبلوغ النظر منتهاه [٢].

وحيث وجد مثل هذا الخلاف فالإجماع منعقد على عدم اعتباره[٣]؛ لأنه ضد الحق الذي أنزله الله كما قال تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ وَٱحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنۢ بَعْضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ [٤] ، وقال تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [٥].

---

(١) إعلام الموقعين ٦٧/١.

(٢) انظر: رفع الملام ص: ٣٧ .

(٣) نقل الإجماع على ذلك ابن تيمية في رسالة: رفع الملام ص: ٣٨.

(٤) سورة المائدة، آية: ٤٩.

(٥) سورة ص، آية: ٢٦، والكلام للشاطبي في الموافقات ١٣١/٥، وانظر: رسالة الإمام الشافعي ص: ٥٦.

يقول الإمام الشاطبي [١]-رحمه الله-: "فإذا كان بيناً ظاهراً أن قول القائل مخالف للقرآن أو للسنة لم يصح الاعتداد به ولا البناء عليه، ولأجل هذا ينقض قضاء القاضي إذا خالف النص أو الإجماع، مع أن حكمه مبني على الظواهر مع إمكان خلاف الظاهر، ولا ينقض مع الخطأ في الاجتهاد وإن تبين؛ لأن مصلحة نصب الحاكم تناقض نقض حكمه، ولكن ينقض مع مخالفة الأدلة لأنه حكم بغير ما أنزل الله" [٢].

النوع الثاني: الخلاف الصادر عمن ليس بعارف بما يفتقر إليه الاجتهاد:

فهذا النوع مردود؛ لأن حقيقته أنه رأي بمجرد التشهي والأغراض، وخبط في عماية، واتباع للهوى كما قال الشاطبي - رحمه الله - [٣].

"وغاية هذا المخالف التمسك بالاستحسان والظنون، والاشتغال بحفظ المعضلات والأغلوطات، ورد الفروع بعضها على بعض قياساً دون

---

(١) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، أبو إسحاق الغرناطي، الشهير بالشاطبي، فقيه أصولي مفسر لغوي، أحد أعلام النبوغ في عصره، وله باع طويل في فقه مقاصد الشريعة، من آثاره: (الاعتصام في الحوادث والبدع) و(الموافقات). توفي سنة ٧٩٠ هـ . انظر ترجمته في : شجرة النور الزكية ص: ٢٣١، الفكر السامي ٢/٢٤٨، الأعلام ١/٧٥.

(٢) الموافقات٥/ ١٣٨ .

(٣) الموافقات ٥/١٣١، وانظر: الصواعق المرسلة ٢/٥١٤ .

ردها على أصولها والنظر في عللها واعتبارها، فاستُعمل فيها الرأي قبل أن ينزل، وفرعت وشققت قبل أن تقع، وتُكلم فيها قبل أن تكون بـــالرأي المضارع للظن" (١).

النوع الثالث: الخلاف الواقع بسبب الهوى والتقليد للأئمة.

الخلاف في جملته متى كان منشؤه الدليل النقلي أو العقلـــي فإنـــه مقبول، وصاحبه معذور من حيث الجملة ولو كان دليله ضـــعيفاً؛ لأنـــه يعتقد صحته، ويحمله اتباعه للشرع على التمسك به وعـــدم اطراحـــه، ولكن حين يكون المنشأ لهذا الخلاف والسبب فيه تقليد الأئمة والتعصب للمذاهب فهو لعمري الرزية بعينها والضلال المبين، وهو ضرب من اتباع الهوى والانقياد لشهوات النفس، "وإذا دخـــل الهـــوى أدى إلى اتبـــاع المتشابه حرصاً على الغلبة والظهور بإقامة العذر في الخـــلاف، وأدى إلى الفرقة والتقاطع والعداوة والبغضاء؛ لاختلاف الأهواء وعدم اتفاقها، وكل خلاف أحدث الفرقة والقطيعة فهو ليس من الدين" (٢).

وقد ذكر الشاطبي -رحمه الله- جملة من مساوئ هذا الخلاف، وبين "أن إغفال الترجيح بين الأقوال أدى إلى أن صار كثير من مقلدة الفقهاء يفتي قريبه أو صديقه بما لا يفتي به غيره من الأقوال اتباعاً لغرضه وشهوته، و لغرض ذلك القريب وذلك الصديق، وقد وجد هذا في الأزمنة السالفة

---

(١) جامع بيان العلم وفضله ٢/١٠٥٤.

(٢) الموافقات ٥/١٦٣، ٢٢١.

فضلاً عن زماننا، كما وجد فيه تتبع رخص المــذاهب اتباعــاً للغــرض والشهوة وذلك فيما لا يتعلق به فصل قضية وفيما يتعلق به ذلك ...

قال: وقد زاد هذا الأمر على قدره الكفاية، حتى صار الخلاف في المسائل معدوداً في حجج الإباحة !، ووقع فيما تقدم وتأخر من الزمان الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين أهل العلم... إلى أن قال: "وقد أذكر هذا المعنى جملة مما في اتباع رخص المذهب من المفاسد سوى ما تقدم ذكره في تضاعيف المسألة، كالانسلاخ من الدين بترك اتباع الدليل إلى اتباع الخلاف، وكالاستهانة بالدين إذ يصــير بهــذا الاعتبار سيالاً لا ينضبط، وكترك ما هو معلوم إلى ما ليس بمعلوم، لأن المذاهب الخارجة عن مذهب مالك في هذه الأمصار مجهولة، وكانخرام قانون السياسة الشرعية بترك الانضباط إلى أمر معروف، وكإفضائه إلى القول بتلفيق المذاهب على وجه يخرق إجماعهم، وغير ذلك من المفاسد التي يكثر تعدادها" [١].

ومن مساوئ هذا الخلاف: أنه قد يحمل أصحابه على إحداث نوع من التأويلات الفاسدة للنصوص، بل قد يكون سبباً للوضع في الحديث نصرة للمذهب كما حصل ذلك من بعض متعصبة المذاهب [٢]، "فإن

---

(١) الموافقات ٥/٨٤، ٩٢، ١٠٢.

(٢) انظر نماذج من هذا في كتاب: أصول الحديث للخطيب ص: ٤٢٦، السنة ومكانتها في التشريع للسباعي ص: ٨٧.

الاختلاف المذموم كثيراً ما يكون مع كل فرقة من أهله بعض الحق فلا يقر له خصمه به، بل يجحده إياه بغياً ومنافسة، فيحمله ذلك على تسليط التأويل الباطل على النصوص التي مع خصمه، وهذا شأن جميع المختلفين، بخلاف أهل الحق، فإنهم يعلمون الحق من كل من جاء به فيأخذون حق جميع الطوائف، ويردون باطلهم، فهؤلاء هم الذين قال الله فيهم: ﴿ فَهَدَى ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِمَا ٱخْتَلَفُوا۟ فِيهِ مِنَ ٱلْحَقِّ بِإِذْنِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ يَهْدِى مَن يَشَآءُ إِلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ ﴾ (١).

حكم هذا النوع من الخلاف:

أما الحكم في هذا الخلاف وموقف الناظر فيه فيتعلق بأمور ثلاثة:

الأمر الأول: وجوبُ رده والإنكار على من اعتقده.

وهذا لأنه مضاد للحق كما تقدم، والخطأ فيه بين لا يحتمل الصواب، فهو ليس من الدين، وبهذا فارق النوع الأول (الخلاف المحمود)، ومن هنا نص الفقهاء -رحمهم الله- على تحريم تتبع رخص المذاهب، كما تقدم، وقال ابن عبد البر: "إن ذلك إجماع لا أعلم فيه خلافاً" (٢).

وكثير من الناس يظفر بهذا الخلاف، ويتخذه دليلاً للعمل والفتيا؛ بحجة أن "لا إنكار في مسائل الخلاف"، وهي كلمة حق أريد بها باطل؛ "فإن الإنكار إما أن يتوجه إلى القول أو الفتوى أو العمل، أما الأول: فإذا

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢١٣، وانظر: الصواعق المرسلة ٢/٢١٥-٢٦١ .

(٢) جامع بيان العلم وفضله ٢/٩٢٧، وانظر: مراتب الإجماع ص: ٥٨.

كان القول يخالف سنة أو إجماعاً شائعاً وجب إنكاره اتفاقاً، وإن لم يكن كذلك فإن بيان ضعفه ومخالفته للدليل إنكار مثله، وأما العمل فإذا كان على خلاف سنة أو إجماع وجب إنكاره بحسب درجات الإنكار، وكيف يقول فقيه: "لا إنكار في المسائل المختلف فيها" والفقهاء من سائر الطوائف قد صرحوا بنقض حكم الحاكم إذا خالف كتاباً أو سنة وإن كان قد وافق فيه بعض العلماء، وأما إذا لم يكن في المسألة سنة ولا إجماع، وللاجتهاد فيها مساغ لم تنكر على من عمل بها مجتهداً أو مقلداً، وإنما دخل هذا اللبس من جهة أن القائل يعتقد أن مسائل الخلاف هي مسائل الاجتهاد كما اعتقد ذلك طوائف من الناس ممن ليس لهم تحقيق في العلم" (١).

الأمر الثاني: تحريم الفتوى والحكم به.

وإذا وجب طرحه والإنكار على من اعتقده ودان به فبالأحرى أن تحرم الفتوى أو الحكم به.

أما الفتوى: فالقول فيها بالرخصة من الغش الذي حرمه الله ورسوله، وهو عين الخيانة أيضاً؛ لأنه مناف للنصح الذي هو مدار التشريع، وأصل الدين كله.

وفي هذا يقول القَرافي (٢) - رحمه الله-:" ولا ينبغي للمفتي إذا كان

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/١٨١، وانظر: إعلام الموقعين ٣/٢٨٨.

(٢) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي القرافي المالكي، =

في المسألة قولان: أحدهما فيه تشديد، والآخر فيه تخفيف أن يفتي العامة بالتشديد، والخواص من ولاة الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين، والتلاعب بالمسلمين، ودليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه، وعمارته باللعب، وحب الرياسة، والتقرب إلى الخلق دون الخالق، نعوذ بالله تعالى من صفات الغافلين" (١).

وأما الحكم به: فالأمر فيه أشد، والزلل فيه أعظم؛ لأنه تتعلق به حقوق الغير من الدماء والأبضاع والأعراض وغيرها، فلا يحل له أن يتخير من الأقاويل ما شاء ويحكم به، فإن في ذلك مخالفة ظاهرة للشرع، "وإنما عليه أن يجتهد فيما يجوز فيه الرأي، فإذا اجتهد وأراد الصواب بجهد نفسه فقد أدى الذي عليه أخطأ أو أصاب، والخطأ موضوع عنه" (٢).

وهذا كله صواب بين "فإن القصد من نصب الحكام رفع التشاجر والخصام على وجه لا يلحق فيه أحد الخصمين ضرر، مع عدم تطرق

= "أحد الأعلام المشهورين، والأئمة المذكورين، انتهت إليه رئاسة الفتوى على مذهب مالك-رحمه الله تعالى- وجد في طلب العلوم فبلغ الغاية القصوى" ، من آثاره: (الذخيرة) و(الفروق) و (الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام) توفي سنة ٦٨٤ هـ. انظر: الديباج المذهب ص ٦٢، شجرة النور الزكية ص ١٨٨.

(١) إحكام الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص: ٢٥٠.

(٢) جامع بيان العلمم وفضله ٢/٨٨٥، وانظر: الموافقات ٥/٨٤-٨٦، تبصرة الحكام١/٥٧-٥٩.

التهمة للحاكم، وهذا النوع من التخيير في الأقوال مضاد لهذا كله" (١).

الأمر الثالث: اطراح هذا الخلاف وعدم اعتباره.

ومما يلحق بما تقدم: أنه لا يصح اعتماد مثل هذه الأقوال خلافاً في المسائل الشرعية؛ "لأنها لم تصدر في الحقيقة عن اجتهاد، ولا هي من مسائل الاجتهاد، وإن حصل من صاحبها اجتهاد فهو لم يصادف فيها محلاً، فصارت في نسبتها إلى الشرع كأقوال غير المجتهد، وإنما يعد في الخلاف الأقوال الصادرة عن أدلة معتبرة في الشريعة كانت مما يقوى أو يضعف، وأما إذا صدرت عن مجرد خفاء الدليل، أو عدم مصادفته فلا، فلذلك قيل: إنه لا يصح أن يعتد بها في الخلاف كما لم يعتد السلف الصالح بالخلاف في مسألة ربا الفضل والمتعة وأشباههما من المسائل التي خفيت فيها الأدلة على من خالف فيها" (٢).

قال القرافي -رحمه الله- بعد أن بين أحوال الخلاف، ومتى يراعى ويعتبر: "...وهذا مع تقارب الأدلة، أما إذا كان أحد المذهبين ضعيف الدليل جداً بحيث لو حكم به الحاكم لنقضناه لم يحسن الورع في مثله، وإنما يحسن إذا كان مما يمكن تقريره شريعة " (٣).

---

(١) الموافقات ٨٦/٥

(٢) الموافقات بتصرف ٥/ ١٣٨-١٣٩.

(٣) الفروق ٢١٢/٤، وسيأتي بحث هذا الموضوع مفصلاً بحول الله في مبحث: مراعاة الخلاف ص: (٢٧٢).

وفي خاتمة هذا المبحث تجدر الإشارة إلى أن مثل هذا الخــلاف وإن كان معدوداً من زلل العلماء فإنما يُكتفى فيه بالرد، وعــدم اعتــداده في الخلاف المعتبر، ولا ينبغي نسبة صاحبه إلى الزلل أو التقصير المطلــق، ولا أن يشنع عليه به، أو ينتقص من أجله، أو يعتقد فيه الإقدام على المخالفة؛ فإن هذا كله خلاف ما تقتضيه رتبته في الدين [١].

يقول سعيد بن المسيَّب -رحمه الله- [٢]: "إنه ليس من شريف ولا عالم ولا ذي فضل إلا وفيه عيبٌ، ولكن من الناس من لا ينبغي أن تُذكر عيوبُه، من كان فضلُه أكثرَ من نقصه وُهب نقصُه لفضله" [٣].

ويقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله- عن بعض الصوفية: "والذين شهدوا هذا اللغو متأولين من أهل الصدق والإخلاص والصلاح غمرت حسناهم ما كان لهم فيه وفي غيره من السيئات أو الخطأ في مواقع

(١) الموافقات بتصرف يسير ١٣٦/٥.

(٢) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي أبو محمد، سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، قال ابن خلكان: "كان ابن المسيب سيد التابعين من الطراز الأول، جمع بين الحديث والفقه، والزهد والعبادة والورع، سمع سعد بن أبي وقاص، وأبا هريرة رضي الله عنهما، وقال فيه عبد الله بن عمر ﷺ هو أحد العلماء ، ولو رآه رسول الله ﷺ لسره". توفي سنة ٩٤هـ . انظر ترجمته في : الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/ ١١٩، وفيات الأعيان ٣٧٥/٢، سير أعلام النبلاء ٢١٧/٤.

(٣) صفة الصفوة ٣٤٧/١.

الاجتهاد، وهذا سبيل كل صالحي هذه الأمة في خطئهم وزلاتهم" (١).

وقال في موضع آخر: "ومن سلك طريق الاعتدال عظم من يستحق التعظيم وأحبه ووالاه، وأعطى الحق حقه فيعظم الحق ويرحم الخلق.. ويعلم أن الرجل الواحد تكون له حسنات وسيئات، فيحمد وذم، ويثاب ويعاقب، ويحب من وجه ويبغض من وجه، هذا هو مذهب أهل السنة والجماعة خلافا للخوارج والمعتزلة ومن وافقهم" (٢).

ويقول ابن القيم -رحمه الله-: "ومن له علم بالشرع والواقع يعلم قطعاً أن الرجل الجليل الذي له في الإسلام قدم صالح وآثار حسنة وهو من الإسلام وأهله بمكان قد تكون منه الهفوة والزلة هو فيها معذور بل ومأجور لاجتهاده، فلا يجوز أن يتبع فيها، ولا يجوز أن تهدر مكانته وإمامته ومنزلته من قلوب المسلمين" (٣).

وقال الإمام الذهَبي (٤) - رحمه الله -: "ثم إن الكبير من أئمة العلم

---

(١) الاستقامة ص: ٢٩٧-٢٩٨.

(٢) منهاج السنة ٤/٥٤٣-٥٤٤.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٢٢٠.

(٤) محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز أبو عبد الله شمس الدين الذهبي، "حافظ لا يجارى ولا فظ لا يبارى، أتقن الحديث ورجاله، ونظر علله وأحواله، وعرف تراجم الناس، وأزال الإبهام في تواريخهم" قال عنه الحافظ ابن كثير: "الحافظ الكبير، مؤرخ الإسلام، وشيخ المحدثين، وقد ختم به شيوخ الحديث وحفاظه" =

إذا كثر صوابه، وعلم تحريه للحق، واتسع علمه، وظهر ذكاؤه، وعرف صلاحه وورعه واتباعه يغفر له خطؤه، ولا نضلله ونطرحه، ولا ننسى محاسنه، نعم ولا نقتدي به في بدعته وخطئه، ونرجو له التوبة من ذلك" (١) .

فهذه نصوص وأقوال تطلعنا على أهمية هذا الخلاف ومنزلته في ميزان الشرع وعند علماء الملة، وعلى السبيل الذي يجب على طالب الحق سلوكه عند الحكم بين المختلفين، أوردها حتى تكون على بصيرة عند البت في وقائع من هذا القبيل، فلا يحملك سلطانك على التشديد، ولا لينك على التقليد، وإنما القصدَ القصد تفصل وتعدل، والله الموفق أولاً وآخراً.

❁❁❁❁

= من آثاره: (سير أعلام النبلاء) (ميزان الاعتدال في نقد الرجال) (تذكرة الحفاظ) توفي سنة ٧٤٨هـ .

انظر ترجمته في: البداية والنهاية ٢٢٥/١٤، طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ١٠٠/٩، الوافي بالوفيات ١١٤/٢.

(١) سير أعلام النبلاء ٢٧١/٥، وانظر في هذا المعنى: منهاج السنة ٥٤٣/٤، مجموع الفتاوى ٣٦٥/١٠-٣٦٦، ١٨/١١، إعلام الموقعين ٢٢٠/٣، الاعتصام ص: ٦٧٤، ط: دار ابن عفان.

المبحث الثاني
نشأة الخلاف الفقهي وأسبابه

المطلب الأول
نشأة الخلاف الفقهي

تعود نشأة الخلاف الفقهي إلى وقت مبكر من عهد الرسالة، وبالتحديد زمن ظهور الاجتهاد في استنباط الأحكام الشرعية الذي بدأ يسيراً في عهد النبي ﷺ حيث كان الصحابة ﷺ في غالب أمرهم يكتفون بالوحي ومراجعة النبي ﷺ عن الاجتهاد، وفي بعض الحالات كانت تلجئهم الحاجة إلى استفراغ الجهد لمعرفة حكم الشرع في النازلة، وأحياناً أخرى يكون ذلك بطلب من النبي ﷺ، أو لغير ذلك من الأسباب، والذي يدلنا على وقوع الخلاف في هذه الفترة أمثلة كثير أذكر منها مثالين:

المثال الأول: عن عبد الله بن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال يوم الأحزاب: "لا يصلين أحدكم العصر إلا في بني قريظة"، فأدركهم العصر في الطريق، فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيهم، وقال بعضهم: بل نصلي لم يرد منا ذلك، فذكروا ذلك للنبي ﷺ ، فلم يعنف واحداً منهم" [1].

---

(١) صحيح البخاري كتاب المغازي، باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة (٤/١٥١٠ح ٣٨٩٣) وصحيح مسلم كتاب الجهاد والسير، باب المبادرة إلى الغزو وتقديم أهم الأمرين المتعارضين (٣/ ١٣٩١ح١٧٧٠).

فهذه الحادثة كان سبب الخلاف فيها ظاهراً، وهو ظهور التعارض بين عمومين، عموم الأمر بأداء الصلاة في وقتها لعموم أمره ﷺ لهؤلاء الصحابة بصلاة العصر في بني قريظة، ومع ظهور قصد الحث على السير، واستعجال الوصول إلى بني قريظة إلا أن تباين الناس في الأنظار واختلافهم في المدارك حال دون الوفاق، فلذلك لم يعب النبي ﷺ إحدى الطائفتين [(١)] .

يقول الحافظ ابن حَجر[(٢)] -رحمه الله-: "وحاصل ما وقع في القصة أن بعض الصحابة حملوا النهي على حقيقته، ولم يبالوا بخروج الوقت؛ ترجيحاً للنهي الثاني على النهي الأول، وهو ترك تأخير الصلاة عن وقتها، واستدلوا بجواز التأخير لمن اشتغل بأمر الحرب بنظير ما وقع في تلك الأيام بالخندق، فقد تقدم [(٣)]حديث جابر المصرح بأنهم صلوا العصر بعد ما

---

(١) انظر: رفع الملام عن الأئمة الأعلام ص: ٣٤ .

(٢) أحمد بن علي بن حجر شهاب الدين أبو الفضل العسقلاني، حافظ إمام، قال عنه السيوطي: "شيخ الإسلام وإمام الحفاظ في زمنه، وحافظ الديار المصرية، بل حافظ الدنيا مطلقاً" وله مصنفات تشهد بطول باعه في العلم منها: (فتح الباري شرح صحيح البخاري) (الإصابة في تمييز الصحابة) (الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة) توفي سنة ٨٥٢هـ. انظر: طبقات الحفاظ للسيوطي ص: ٥٥٢، شذرات الذهب ٤/٢٧٠، البدر الطالع ١/٨٧.

(٣) فتح الباري ٢/٦٩.

غربت الشمس؛ وذلك لشغلهم بأمر الحرب، فجوزوا أن يكون ذلك عاماً في كل شغل يتعلق بأمر الحرب، ولاسيما والزمان زمان التشريع، والبعض الآخر حملوا النهي على غير الحقيقة، وأنه كناية عن الحث والاستعجال والإسراع إلى بني قريظة.

قال: وقد استدل به الجمهور على عدم تأثيم من اجتهد؛ لأنه ﷺ لم يعنف واحدة من الطائفتين، فلو كان ثمة إثم لعنف من أثم" [١].

المثال الثاني: حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: "خرج رجلان في سفر، فحضرت الصلاة، وليس معهما ماء، فتيمما صعيداً طيباً فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الصلاة والوضوء، ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا ذلك له، فقال للذي لم يعد: أصبت السنة، وأجزأتك صلاتك، وقال للذي توضأ وأعاد: لك الأجر مرتين" [٢].

فهذا الخلاف مما حدث على عهد الرسالة، وهو قليل جداً بالنسبة

(١) فتح الباري ٧/٤١٠.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن: كتاب الطهارة، باب في المجروح يتيمم (١/٩٣ح ٣٣٨)، والنسائي في المجتبى: كتاب الغسل والتيمم ، باب التيمم لمن لم يجد الماء (١/٢١٣ح٤٣٣) والحاكم في (المستدرك ١/٢٨٦) والدارمي في (السنن ١/٢٠٧) والبيهقي في (السنن ١/٢٣١)، والحديث مختلف في صحته، وقد صححه الحاكم، واستظهر ابن حجر حسنه. انظر: (نصب الراية ١/١٦٠) (التلخيص الحبير ١/١٥٥٦).

إلى ما حدث في الأزمان المتتالية؛ لوجود النبي ﷺ، وعدم وفرة أسباب الخلاف على نحو ما توفر بعدُ.

وبعد وفاة النبي ﷺ اتسعت رقعة الإسلام، واحتاج الناس إلى معرفة شرائع لإسلام، فتفرق الصحابة - رضي الله عنهم - في الأمصار لذلك، فكان منهم المقل والمكثر من حديث رسول الله ﷺ، ونتيجة لاتساع دولة الإسلام وتمازج الحضارات المختلفة ظهرت حوادث ونوازل لم تكن معهودة على حملة الشريعة من قبل، فاضطرهم ذلك إلى الاجتهاد لمعرفة أحكام الشرع في هذه الوقائع ، وكان لا بد من وقوع الخلاف؛ وذلك لأمور تعود في الجملة إلى سببين رئيسين [(١)]:

السبب الأول: عدم جمع حديث رسول الله ﷺ في مصنف واحد حتى يكون مصدراً لاستخراج الأحكام، وإنما كان الناس يعتمدون في استظهار الأحكام على حفظهم وما تجود به قرائحهم من معرفة الأشباه والنظائر ومقاصد الشرع الكبرى، وحتى الذين كانوا يعتمدون في فتاويهم على المرويات لم يكن معهم جميع حديث رسول الله ﷺ "فإن هذا لا يمكن ادعاؤه قط، وقد كان الخلفاء الراشدون - رضي الله عنهم - وهم أعلم الأمة بأخبار رسول الله ﷺ تخفى عليهم أشياء هي عند غيرهم من

---

(١) انظر: رفع الملام ص: ١٠-٢٠، الصواعق المرسلة ٢/٥٢٩، الإنصاف للدهلوي ص: ١٥-٣٣، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذين السببين اختصا بهذه الفترة من عهد التشريع فناسب ذكرهما هنا.

السنن المشهورات؛ وسبب ذلك: أن النبي ﷺ كان يحدث أو يفتي أو يقضي أو يفعل الشيء فيسمعه أو يراه من يكون حاضراً، ويبلغه أولئك أو بعضهم لمن يبلغونه، فينتهي علم ذلك إلى من يشاء الله من الناس، ثم في مجلس آخر قد يحدث أو يفتي أو يقضي أو يفعل شيئاً ويشهده بعض من كان غائباً عن ذلك المجلس، ويبلغونه لمن أمكنهم، فيكون عند هؤلاء من العلم ما ليس عند هؤلاء، وعند هؤلاء ما ليس عند هؤلاء" [(١)].

السبب الثاني: اختلاف مدارك الناس وأفهامهم، وهو سبب طبيعي لنشوء الخلاف، ويزداد هذا السبب قوة في إثارة الخلاف عندما يتعلق النظر والاجتهاد بالمسائل الظنية، لاحتمالها لوجوه مختلفة من الأحكام، بسبب ما يكتنف دلالتها من الإجمال[(٢)] أو الإشتراك[(٣)] أو التردد بين

---

(١) رفع الملام ص: ١٠-١١.

(٢) الإجمال لغة: الإبهام، يقال: أجمل الأمرَ إذا أبهمه ولم يبين المراد منه، وأجملتُ الشيء إجمالاً: جمعته من غير تفصيل.

ولا يخرج الإجمال في معناه الاصطلاحي عن هذا المعنى، قال الجرجاني: "المجمل هو ما خفي المراد منه بحيث لا يدرك بنفس اللفظ إلا ببيان من المجمِل، سواء كان ذلك لتزاحم المعاني المتساوية الإقدام كالمشترك، أو لغرابة اللفظ كالهلوع، أو لانتقاله من معناه الظاهر إلى ما هو غير معلوم، فترجع إلى الاستفسار، ثم الطلب ثم التأمل. المصباح ص: ١١٠، التعريفات ص: ٢٦١.

(٣) الاشتراك في اللغة: الاختلاط، يقال: شرَك الرّجلُ الرّجلَ في البيع والميراث يشركه شركاً وشركةً، إذا خلط نصيبه بنصيبه، أو اختلط نصيباهما، =

الحقِيقة [١] والمَجاز [٢] أو غير ذلك، "وجهات دلالات الأقوال متسعة جداً، والناس يتفاوتون في إدراكها وفهم وجوه الكلام بحسب مِنح الحق سبحانه ومواهبه، وهذا باب واسع جداً لا يحيط به إلا الله، وقد يغلط

= واللفظ المشترك: هو الذي يحتمل أكثر من معنى على وجه التساوي، يقول الجرجاني: "المشترك: ما وضع لمعنًى كثير بوضع كثير كالعين؛ لاشتراكه بين المعاني، ومعنى الكثرة: ما يقابل القلة، فيدخل فيه المشترك بين المعنيين فقط كالقرء والشفق، فيكون مشتركاً بالنسبة إلى الجميع، ومجملاً بالنسبة إلى كل واحد. ينظر: المصباح المنير ص: ٣١١، التعريفات ص: ٢٧٤.

(١) الحقيقة في اللغة: فعيلة بمعنى فاعل أي حقيق، والتاء فيها للنقل من الوصفية إلى العلَمية كما في العلاَمة، وعلى هذا ففعلها لازم ومعناه ثبت الشيء، وقيل: هي بمعنى مفعول، فتكون بمعنى الشيء المثبت في محله من حقّقتُ الشيءَ أي أثبتُّه.
واصطلاحاً عرفت بعدة تعريفات أشهرها قولهم: "اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب". المصباح المنير ص: ١٤٣، التعريفات ص: ١٢١، شرح تنقيح الفصول ص: ٤، إرشاد الفحول ص: ٤٨.

(٢) المجاز لغة: مَفعَل بمعنى فاعل، كالمولى بمعنى الوالي، مأخوذ من قولهم: جاز إذا تعدى يقال: جاز المكان يجوزه جوزاً: إذا سار فيه، وأجازه قطعه وأنفده، سمي به لأنه متعد من محل الحقيقة إلى محل المجاز. المصباح المنير ص: ١١٤.
واصطلاحاً: "استعمال اللفظ في غير ما وضع في العرف الذي وقع به التخاطب لعلاقة بينهما". التعريفات ص: ٢٥٧، شرح تنقيح الفصول ص:٤٢، إرشاد الفحول ص: ٤٩.

المرء فيفهم من الكلام ما لا تحتمله العربية التي بعث بها النبي ﷺ " [١].

وهذا السبب له أمثلة كثيرة في فقه الصحابة ﷺ، وما تقدم من اختلافهم في المراد من أمره ﷺ بالصلاة في بني قريظة أقرب شاهد لذلك.

وقد كان لاختلافهم – رضي الله عنهم – آثار حسنة كثيرة، منها:

١- أنهم وسعوا على المجتهد أن يأخذ بأي أقوالهم شاء إذا ظهر له صوابه، وهو معنى قول بعض أهل العلم: "إجماع الصحابة حجة قاطعة، واختلافهم رحمة واسعة" [٢].

٢- أنهم مهدوا الطريق لمن جاء بعدهم من العلماء أن يجتهدوا في استظهار أحكام الحوادث والمستجدات، ولو أنهم أحجموا عن الاجتهاد لأحجم من بعدهم، ولاستتبع ذلك من الحرج ما لا يخفى.

٣- وقد نشأ عن هذا الاجتهاد ظهور حركة علمية واسعة برز فيها أئمة مجتهدون أثرَوا الفقه الإسلامي بآرائهم واجتهاداتهم، وكان من نتائج هذه الحركة: ظهور مدرستين فقهيتين متميزتين، هما: مدرسة الحديث بالحجاز، ومدرسة الرأي بالعراق [٣].

---

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام ص: ٢٧.

(٢) المغني ١/١٧، وانظر: جامع ابن عبد البر ٢/٩٠٧، مجموع الفتاوى ٣٠/٨٠، الموافقات ٥/٧٥.

(٣) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ١/١٦٦، تاريخ التشريع ومراحله الفقهية للطريقي ص: ١٦٣.

وكان ذلك نواة ظهور مذاهب فقهية جديدة لها مناهجها المختلفة في الاستنباط، مثل مذاهب الأئمة الأربعة - مالك والشافعي وأبي حنيفة وأحمد-، وغيرها من المذاهب الفقهية المتبوعة، وهي في جملتها كان لها الأثر الكبير في تثوير الفقه وتوليد مسائله وفروعه، كما أن هذه المذاهب أثرت الفقه الإسلامي بمنظومة من القواعد الفقهية والأصولية التي يعتمدها المجتهد في الكشف عن أحكام الحوادث والمستجدات.

وهذه الفوائد وحدها كفيلة بالاغتباط باختلاف الصحابة - رضوان الله عليهم -، وإثبات أن الخلاف الفقهي متى وقع بشرطه ومن أهله كان رحمة وتوسعة وثراء للمنظومة الفقهية الواسعة.

المطلب الثاني
أسباب الخلاف الفقهي

مدخل:

إن الناظر في الأسباب التي أدت بعلماء المسلمين من لـــدن عهـــد الصحابة ﷺ حتى عصرنا الحاضر إلى اختلافهم في أحكام الفروع العملية ليدرك أن هذا الخلاف الذي تزخر به المصنفات الفقهية كان أمراً محتوماً وقدراً مقدوراً، وأنه لا يوجد إمام من أئمة المسلمين الذين هـــم أربـــاب المذاهب المتبوعة والأقوال المأثورة يتعمد مخالفة رسول الله ﷺ في شيء من سننه، كيف وهم الذين أفنوا حياهم في سبيل موافقة أمره ﷺ، وتحملـــوا مع ذلك المشاق التي تعرض في طريق كل من أراد أن ينهل من معين هذه الشريعة، ويلحق بركب العلماء الماضين، فسوء الظن بهم إذن لا يصدر إلا ممن أشرب هواه، أو كان جاهلاً بأخبارهم وأحوالهم -رحمهم الله-.

ومما يجدر التنبيه عليه بين يدي هذا المبحث أن الشريعة قد بينت مجال الخلاف السائغ، وذلك ما عدا أسس الدين وأركانه، وأمهـــات الفضـــائل والرذائل، وهي التي تسمى بأصول الدين، أما هذه فلا مجال للخلاف فيها، أعني أن تكون الآراء فيها مقبولة معتبرة؛ لأن الحق هنا في جهة واحـــدة، ولذلك فإن الخلاف فيها يتردد بين الصواب والضـــلالة، أو بـــين الكفـــر والإسلام؛ لأنه يكون قد أنكر أمراً معلوماً من الدين بالضرورة، أو خالف إجماعاً أو نصاً ظاهر الدلالة، ومثل هذا النوع من الخلاف يـــبين خطـــؤه،

وينكر على من اعتنقه ودعا إليه، وقد يعذر فيه إذا كان له تأويل سائغ [١].

وجمهور الأمة الذين هم أهل السنة والجماعة متفقون بحمد الله على أحكام هذه الأصول في الجملة، وإنما نشأ الخلاف بينهم في الأمور الفرعية التي تتفاوت فيها الأنظار، إذ يبعد الاتفاق عليها في العادة؛ "فإن الله تعالى حكم بحكمته أن تكون فروع هذه الملة قابلة للأنظار ومجالاً للظنون، وقد ثبت عند النظار أن النظريات لا يمكن الاتفاق فيها عادة، فالظنيات عريقة في إمكان الاختلاف، لكن في الفروع دون الأصول، وفي الجزئيات دون الكليات، فلذلك لا يضر هذا الاختلاف" [٢].

وهذا الاختلاف السائغ هو المراد في هذا السياق، وله أسباب كثيرة، ومن كثرتها أفردت بتصانيف [٣]، ولكن يمكن إجمالها في ستة أسباب:

---

(١) انظر مقدمة كتاب: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ١/٢٥، الفتاوى الكبرى ٣/١٨١، الإبهاج ٣/١٩.

(٢) الاعتصام للشاطبي ٢/ ١٦٨.

(٣) لم يغفل المصنفون الأوائل في الفقه والأصول ذكر الأسباب التي أثارت الخلاف بين الفقهاء، ولكن ذلك لم يكن بصورة مستقلة، بل ذكروها إما في معرض ذكر الأصول المختلف فيها، وإما في مقام العذر للأئمة رحمهم الله في مخالفتهم لبعض ما صح من الأحاديث، ولعل أقدم من أفرد لهذه الأسباب مؤلفاً مستقلاً هو: أبو محمد عبد الله بن محمد بن السيد البطليوسي الأندلسي المتوفى سنة (٥٢١هـ) في كتابه الذي سماه: (التنبيه على الأسباب التي أوجبت الاختلاف بين المسلمين في آرائهم ومذاهبهم واعتقاداتهم)، ثم جاء بعده ابن رشد الحفيد (ت:٥٩٥هـ) =

السبب الأول: اختلاف القراءات:

من المعلوم أن القرآن الكريم نزل على سبعة أحرف[1]، وبعض هذه

= فاستقرأ في كتابه (بداية المجتهد) الأسباب التي أثارت الخلاف في معظم مسائله، ثم جاء الإمام ابن تيمية (ت:٧٢٨هـ)، فصنف كتابه (رفع الملام عن الأئمة الأعلام) بين فيه الأعذار للأئمة في مخالفتهم لبعض ما صح من الأحاديث، وضمنه جملة من أسباب هذا الخلاف، وأفرد أبو القاسم بن جزي الغرناطي (ت:٧٤١هـ) الباب العاشر من كتابه (تقريب الوصول إلى علم الأصول) لأسباب الخلاف بين المجتهدين، وكذلك فعل تاج الدين السبكي (ت:٧٧١هـ) في كتابه (الأشباه والنظائر) فأسهب في ذكر جملة من هذه الأسباب (٢/٢٥٤)، وفي القرن الثاني عشر الهجري أسهم العلامة أحمد بن عبد الرحيم الملقب بشاه ولي الله الدهلوي (ت:١١٧٦هـ) في هذا الموضوع فألف كتابه: (الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف) ، وفي العصر الحاضر برزت دراسات كثيرة تعالج موضوع الخلاف، منها: (أسباب اختلاف الفقهاء) للشيخ علي الخفيف، و(أسباب اختلاف الفقهاء) لعبد المحسن التركي، و(دراسات في الاختلافات الفقهية) لمحمد أبي الفتح البيانوني. انظر: التخريج عند الفقهاء والأصوليين للباحسين ص: ٧٩-٩٨.

(١) نزول القرآن على سبعة أحرف ثبت عن النبي ﷺ في أحاديث يرويها نحو عشرين صحابياً ﷺ في الصحاح والسنن والمسانيد، واختلف العلماء في تعيين المراد بالسبعة الأحرف على أقوال كثيرة أوصلها بعضهم إلى أربعين قولاً، واستظهر جماعة أن المراد بها سبع لهجات عربية فصيحة، وأن المصحف الإمام قد حوى تلك الوجوه السبعة كلها، وبكل واحد منها اختار أئمة الإقراء، =

الأحرف تتغاير في مدلولاتها، فينشأ من ذلك اختلاف الفقهاء في الأحكام، وهذا له أمثلة كثيرة، منها: قوله تعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلْمُتَطَهِّرِينَ ﴾[1].

في قوله سبحانه ﴿حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ قراءتان سبْعيتان:

الأولى: بتشديد الطاء والهاء مع فتحهما هكذا: (يطّهَّـــرن)، وهـــي قراءة حَمزة [2] والكسائي [3] وأبي بكر بن عياش [4].

= والله تعالى أعلم. ينظر: الاستذكار ٤٧٩/٢، البرهان للزركشي ٢١١/١، الإتقان للسيوطي ١٦٣/١-١٧٧.

(١) سورة البقرة، آية:٢٢٢.

(٢) حمزة بن حبيب الزيات الكوفي، أحد القراء السبعة المشهورين، عرف بالصبر والورع وكثرة التلاوة، قرأ على الأعمش وجعفر الصادق وغيرهما، وقرأ عليه خلق كثير منهم الكسائي وراوياه خلف البزار وخلاد بن خالد، توفي ١٥٦هـ. معرفة القراء الكبار ١١/١، الوافي بالوفيات ١٠٥/١٣.

(٣) أبو الحسن علي بن حمزة الكسائي، أحد الأئمة القراء السبعة، سمع من جعفر الصادق والأعمش وحمزة الزيات وغيرهم، وقرأ عليه جماعة منهم: أبو عمرو الدوري، وأبو عبيد القاسم بن سلام، وراوياه: أبو الحارث البغدادي، وأبو عمرو الدوري. توفي ١٨٩هـ. انظر ترجمته في: معرفة القراء الكبار ١٢٠/١، وفيات الأعيان ٢٩٥/٣.

(٤) أبو بكر بن عياش الأسدي الكوفي المشهور بشعبة، إمام في القراءة وحجة فيها، =

والثانية: بتخفيف الطاء مع إسكانها وضم الهاء هكـــذا: (يطْهُـــرن) وهي قراءة الباقين [(١)].

فاختلف الفقهاء - رحمهم الله - في وقت إتيـــان الحـــائض تبعـــاً لاختلاف القراءتين، فطائفة منهم ذهبوا إلى أن المرأة إذا انقطع عنها الدم لا يحل جماعها إلا أن تغتسل؛ أخذاً بالقراءة الأولى، أي قراءة التشـــديد؛ فإنها تدل على التطهر والاغتسال، وهذا مذهب أكثر فقهـــاء الأمصـــار، ومنهم مالك والشافعي وأحمد [(٢)].

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الحائض إذا طهرت حل جماعها ولو لم تغتسل؛ مصيراً إلى مدلول القراءة الأخرى؛ فإنها دالة على هـــذا المعـــنى، وهذا مذهب الإمام أبي حنيفة [(٣)].

= وهو من رواة عاصم بن أبي النجود أحد القراء السبعة، مشهور بالعفة والورع ولزوم السنة، قال عنه ابن المبارك: "ما رأيت أحداً أسرع إلى السنة من أبي بكر بن عياش" توفي سنة ١٩٣ هـ. انظر: الطبقات الكبرى ٦/ ٢٦٩، معرفة القراء الكبار ١/١٣٤.

(١) انظر القراءات في هذه الآية في تفسير الطبري ٢/٣٨٥، التيسير ص:٨٠، النشر في القراءات العشر ٢/٢٢٧.

(٢) انظر: تفسير الطبري (جامع البيان) ٢/٣٨٥، بداية المجتهد ١/٥٨، المهذب ١/٣٠، المغني ١/٣٣٨، المحلى ٢/١٧١.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ٣٣٦، المبسوط ٢/١٦.

السبب الثاني: عدم علم المجتهد بالحديث الدال على حكم المسألة المختلف فيها.

وهذا السبب هو الغالب على أكثرِ ما يوجد من أقوال السلف مخالفاً لبعض الأحاديث؛ فإن الإحاطة بحديث النبي ﷺ لم تكن لأحد من الأمة [(١)].

وتقدم القول بأن هذا وقع للخلفاء الراشدين الذين هم أعلم الأمة بأخبار رسول الله ﷺ، ومن أمثلة ذلك: خفاء ميراث الجدة على أبي بكر ﷺ حتى شهد عنده اثنان من الصحابة بأن النبي ﷺ ورّثها السدس [(٢)]، وكذلك خفي على عمر بن الخطاب ﷺ سُنة الاستئذان حتى أخبره بها أبو موسى الأشعري ﷺ، واستشهد لعلمه ببعض الأنصار [(٣)]، ونظائر هذا

---

(١) من كلام ابن تيمية في رفع الملام ص: ١٠.

(٢) أخرجه من حديث قبيصة بن أبي ذؤيب: مالك في (الموطأ: ٥١٣/٢) وأبو داود في السنن، كتاب الفرائض، باب في الجدة (١٢١/٣ح٢٨٩٤) والترمذي في الجامع، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة (٤/ ٤١٩ح٢١٠١)، وابن ماجه في السنن، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة (٩٠٩/٢ح٢٧٢٤) والحاكم في (المستدرك ٣٣٨/٤)، وقد صححه الترمذي والحاكم، وقال ابن حجر في (التلخيص ٨٢/٣): "وإسناده صحيح لثقة رجاله إلا أن صورته مرسل، فإن قبيصة لا يصح له سماع من الصديق، ولا يمكن شهوده للقصة". وانظر: المحلى ٢٧٣/٩، إرواء الغليل ٦/ ١٢٤.

(٣) أخرجه من حديث أبي سعيد الخدري: البخاري في صحيحه: كتاب الاستئذان، باب التسليم والاستئذان ثلاثاً، ٢٣٠٥/٥ح ٥٨٩١) ومسلم في صحيحه: =

مما خفي على الصحابة - رضي الله عنهم - كثير جداً [(١)].

وإذا كان هذا قد وقع لمن عاصر الوحي، وعاش في كنف الرسالة، فكيف بمن جاء بعدهم، "فإن ما خفي عنهم لا يمكن الإحاطة به؛ فإنه ألوف، فإن هؤلاء كانوا أعلم الأمة وأفقهها وأتقاها وأفضلها، فمن بعدهم أنقص، فخفاء بعض السنة عليه أولى، ومن اعتقد أن كل حديث صحيح قد بلغ كل واحد من الأئمة أو إماماً معيناً فهو مخطئ" [(٢)].

بل الواقع -كما يقو أهل العلم- "أن كثيراً من الأحاديث الصحيحة لم تبلغ علماء التابعين ممن وسدت إليهم الفتوى، فاجتهدوا بآرائهم، أو اتبعوا العمومات، أو اقتدوا بمن مضى من الصحابة فأفتوا حسب ذلك، ثم ظهرت بعد ذلك في الطبقة الثالثة، فلم يعملوا بها ظناً منهم أنها تخالف عمل أهل مدينتهم وسنتهم التي لا اختلاف لهم فيها، وذلك قادح في الحديث، أو علة مسقطة له، أو لم تظهر في الثالثة، وإنما ظهرت بعد ذلك عندما أمعن أهل الحديث في جمع طرق الحديث، ورحلوا إلى أقطار الأرض، وبحثوا عن حملة العلم.

فكثير من الأحاديث لا يرويه من الصحابة إلا رجل أو رجلان، ولا

= كتاب الآداب، باب الاستئذان (٣/ ١٦٩٤ح٢١٥٣).

(١) انظر: جامع ابن عبد البر ١٠٧/٢، رفع الملام ص:١٠-٢٠ الإنصاف في بيان أسباب الخلاف للدهلوي ص: ١٦-٤٢.

(٢) رفع الملام ص: ٢٠.

يرويه عنه أو عنهما إلا رجل أو رجلان، وهلم جرا، فخفي على أهل الفقه وظهر في عصر الحفاظ الجامعين لطرق الحديث، وكثير من الأحاديث رواه أهل البصرة مثلاً وسائر الأقطار في غفلة عنه" [١].

السبب الثالث: اختلاف المجتهدين في ثبوت النص ودلالته على المراد:

وهذا أم الأسباب وأقواها وأكثرها إثارة للخلاف في الفروع الفقهية؛ وذلك أن العلماء -رحمهم الله- اصطلحوا على وضع معايير لتمييز الحديث المقبول من المردود، فكان لكل طائفة منهم أصول تخالف ما عليه الطوائف الأخر، "وذلك مثل ما ذهب إليه بعض الحجازيين من أنه لا حجة بحديث عراقي أو شامي إن لم يكن له أصل بالحجاز، حتى قال قائلهم : نزّلوا أحاديث أهل العراق بمنزلة أهل الكتاب، لا تصدقوهم ولا تكذبوهم [٢]، وهذا لاعتقادهم أن أهل الحجاز ضبطوا السنة فلم يشذ عنهم منها شيء، وأن أحاديث العراقيين وقع فيها اضطراب أوجب فيها التوقف، ومثل ما أصلوه في خبر الواحد من أنه لا يقبل إلا بشروط قد خالفهم فيها غيرهم، كاشتراط بعضهم عرض الحديث على الكتاب والسنة، وأن يكون الراوي فقيهاً إذا خالف الأصول، واشتراط بعضهم انتشار الحديث وظهوره إذا كان

---

(١) الإنصاف للدهلوي ص: ٤٢- ٤٣.

(٢) لا يخفى ما في هذا الكلام من إجحاف وظلم بيّن لأهل العراق سيما العلماء المبرزين في الحديث وعلومه.

فيما تعم به البلوى، ونحو ذلك من الشروط الكثيرة" [(١)].

وكثير من هذه القواعد أو بعضها إنما هي من وضع الأتباع تخريجاً على فتاوى الأئمة وأقوالهم، جرهم إلى ذلك التعصب لمذاهب الأئمة والجمود على أقوالهم، "فترى أحدهم يقف على ضعف مأخذ إمامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً، ومع هذا يقلده فيه، ويترك من الكتاب والسنة والأقيسة الصحيحة حذراً أن يخالف المذهب، بل قد تجد من هذا الصنف من يتحيل لدفع ظواهر الكتاب والسنة، ويتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة؛ اتباعاً للإمام ونضالاً عن المذهب" [(٢)].

والحق أن هذا الصنيع من الأتباع مخالف لما تواتر عن أرباب المذاهب المتبوعة مثل أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد - رحمهم الله - من أن الحديث إذا صح وجب المصير إليه [(٣)]، وكثير من هذه المعايير الموضوعة لقبول الحديث ورده لم تكن معروفة على عهد هؤلاء الأئمة، ولذلك ينبغي النظر فيها، فلا يكون هذا السبب عذراً بإطلاق في مخالفة الحديث الصحيح عن النبي - صلى الله عليه وسلم -.

---

(١) رفع الملام ص: ٢٢- ٢٣.

(٢) قواعد الأحكام ١٣٥/٢.

(٣) انظر نقل هذا الحكم عن هؤلاء الأئمة في أصول السرخسي ١١٤/٢، ترتيب المدارك ١/ ١٦٣، سير أعلام النبلاء ١٠/ ٣٥ مجموع الفتاوى ٢٠/ ٢١١.

وقد عاب أبو سليمان الخطابي [1] -رحمه الله- صنيع هذه الطائفة حيث يقول في مقدمة كتابه (معالم السنن): "وأما الطبقة الأخرى وهم أهل الفقه والنظر، فإن أكثرهم لا يعرجون من الحديث إلا على أقله، ولا يكادون يميزون صحيحه من سقيمه، ولا يعرفون جيده من رديئه، ولا يعبؤون بما بلغهم منه أن يحتجوا به على خصومهم إذا وافق مذاهبهم التي ينتحلونها، ووافق آراءهم التي يعتقدونها، وقد اصطلحوا على مواضعة بينهم في قبول الخبر الضعيف والحديث المنقطع إذا كان ذلك قد اشتهر عندهم، وتعاورته الألسن فيما بينهم، من غير ثبت فيه أو يقين به، فكان ذلك ضلة في الرأي وغبناً فيه" [2].

وأما الخلاف الواقع بسبب خفاء دلالة النص على المراد أو احتمالها لأكثر من وجه صحيح فله أمثلة كثيرة في الفروع، منها ما وقع في إمامة أبي بكر بالناس حين غاب النبي ﷺ لصلح بين بني عمرو بن عوف، فلما

---

(١) حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي الخطابي الشافعي، صاحب التصانيف، برز في فنون شتى، وبرع في علوم الحديث والفقه واللغة، قال الذهبي: "الإمام العلامة المفيد المحدث الرحال...وكان ثقة متثبتاً من أوعية العلم"، له مصنفات نافعة، منها: (معالم السنن) شرح فيه سنن أبي داوود، (غريب الحديث) توفي ٣٨٨هـ. ينظر: تذكرة الحفاظ ١٠١٨/٣، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٥٧/٢.

(٢) معالم السنن ٤/١.

حضر عليه الصلاة والسلام أكثرَ الناسُ التصفيقَ إعلاما لأبي بكر بوصول النبي ﷺ، فلما فرغ النبي ﷺ من الصلاة التفت إلى الناس وقال: "ما لي رأيتكم أكثرتم التصفيق، من نابه شيء في صلاته فليسبح، فإنه إذا سبح التفت إليه، وإنما التصفيق للنساء" (١).

فهذا الحديث صريح الدلالة على أن حكم الرجال إذا أرادوا تنبيه الإمام على سهوه هو التسبيح، وأن المرأة تكتفي بالتصفيق لمكان صوتها من الرجال، وهو ما أخذ به أكثر الفقهاء، لكن مالكاً - رحمه الله - رأى أن التصفيق لا يُشرع في الصلاة بحال، لا للرجال ولا للنساء، واستدل بنفس الحديث إلا أنه حمل قوله ﷺ: "وإنما التصفيق للنساء" على جهة الذم والتنفير، أي أن التصفيق لا يليق بالرجال إذ هو من التشبه بالنساء، وليس في ذلك دلالة على مشروعيته للنساء.

يقول أبو الوليد بن رشد -رحمه الله-: "والسبب في اختلافهم: اختلافُهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: "وإنما التصفيق للنساء"، فمن ذهب إلى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء قال: يصفقن ولا يسبحن، ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال: الرجال والنساء في التسبيح سواء، وفيه ضعف؛ لأنه خروج عن الظاهر بغير دليل إلا أن تقاس المرأة في ذلك

---

(١) أخرجه من حديث سهل بن سعد: البخاري في صحيحه: كتاب الجماعة والإمامة، باب من دخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول فتأخر الآخر (٢٤٢/١ ح ٦٥٢).

على الرجل، والمرأة كثيراً ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل، ولذلك يضعف القياس" (١)

السبب الرابع: اختلاف مدارك المجتهدين وتفاوتهم في الحفظ والفهم:

وهذا من الأسباب الطبيعية التي فطر الله عليها خلقه، فهو سبحانه لم يجعل الناس على مرتبة واحدة في العلم والفهم، بل فاوت بينهم حسبما تقتضيه حكمته وفضله سبحانه، فمن الناس من يستظهر حديث رسول الله ﷺ عن ظهر قلب، لكنه لا يبلغ مبلغ المستنبط الذي يستخرج من الحديث أحكاماً تفوق ظاهره بأضعاف مضاعفة، وهذا كما كان أبو هريرة وعبد الله بن عمر أحفظ الصحابة للحديث وأكثرهم رواية له، وكان الصديق وعمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت أفقه منهما، بل عبد الله بن عباس أيضا أفقه منهما ومن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهم - جميعاً (٢).

وهذا لا يعني أن المقل من الحديث الفقيه بالاستنباط يكون الصواب دائماً في حيزه، بل قد يلفى من الناس من له القدرة على الاستنباط والتخريج، وله دربة بمعرفة الأشباه والنظائر لكن رصيده من الأثر قليل، فتجده يلجأ إلى الأقيسة والأصول العامة ويجعلها أساس اجتهاده ونظره، فهو وإن أصاب في بعض المسائل لكنه لا يصيب فيما لم يبلغه فيه النص إلا

---

(١) بداية المجتهد ١/١٤٣.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ١/٣٥١.

موافقة، فيكثر منه الخلاف للنصوص.

وفي قوله تعالى: ﴿ أَنزَلَ مِنَ السَّمَآءِ مَآءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةُۢ بِقَدَرِهَا ﴾[1] مثال لهذا التفاوت بين الناس، إذ شبه الله سبحانه الوحي الذي أنزله بحياة القلوب بالماء الذي أنزله من السماء، وشبه القلوب الحاملة له بالأودية الحاملة للسيل، فقلب كبير يسع علماً عظيماً كواد كبير يسع ماء كثيراً، وقلب صغير كواد صغير يسع علماً قليلا، فحملت القلوب من هذا العلم بقدرها كما سالت الأودية بقدرها[2].

وهذا حال المختلفين في فروع الشريعة، فمنهم المعتنون بالضبط والحفظ والأداء كما سمعوا، ولا يستنبطون ولا يستخرجون كنوز ما حفظوه، ومنهم المعتنون بالاستنباط واستخراج الأحكام من النصوص والتفقه فيها، وبينهما درجات ومنازل، فطبعي أن يختلف نظرهم في المسائل والأحكام[3].

---

(١) سورة الرعد، آية: ١٧.

(٢) من كلام ابن القيم في كتابه: الوابل الصيب ص: ١١٣، وانظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٥٠٩.

(٣) الوابل الصيب ص: ١٣٩.

السبب الخامس: الاختلاف في طرق الجمع والترجيح:

وهذا ينشأ من اختلافهم في الأصول التي رام كل فريق منهم أن يُحكِّمها في النصوص التي ظاهرها التعارض؛ فإن منهم من يقدم الخبر النافي للحكم على المثبت والحاظر على المبيح، ومنهم من يعكس، ومنهم من يقدم العام على الخاص والمطلق على المقيد، ومنهم من يخالف في ذلك، ثم هم يختلفون مع ذلك في ترتيب القواعد المتبعة في الجمع والترجيح اختلافاً كبيراً، فينشأ من هذا وذاك اختلافهم في أحكام الفروع الفقهية [١].

السبب السادس: الاختلاف في القواعد الأصولية وبعض مصادر الأحكام.

وهذا السبب أعم من الذي قبله، وهو متأخر عنه في الحدوث؛ إذ من المعلوم أن قواعد الأصول لم تكن على عهد الأوائل من الصحابة والتابعين مدونة ومتعارفاً عليها كما كانت في الأزمان التالية، ومع ذلك فقد كانت من الأسباب الرئيسية في الخلاف؛ وهذا لأن كل مذهب له طريقة تخصه في استنباط الأحكام، وهم وإن كانوا متفقين على الأخذ بمجموع هذه الأصول في الجملة إلا أنهم يختلفون في ترتيبها عند التعارض، والاتفاق بينهم قائم على تقديم الكتاب ثم السنة القطعية ثم الإجماع [٢]،

---

(١) انظر في موضوع التعارض: التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية للبرزنجي.

(٢) انظر: أصول البزدوي ص: ٥، ٢٢١، الموافقات ١٦٥/٣، ٢٢٧، الإبهاج لابن السبكي ٤٠/١، روضة الناظر ص: ٦١.

وما بعد هذه الأصول يختلفون في تقديمه وتأخيره، على أن كلا منهم قد انفرد بأصول تخالف ما عليه الآخرون، وذلك أوجب أن يحدث بينهم من الخلاف ما مقداره هذا المقدار.

"فمن أصول أبي حنيفة : الاستحسان، وتقديم القياس، وترك القول بالمفهوم، ونسخ الخاص المتقدم بالعام المتأخر، والقول بالحيل [١] .

ومن أصول مالك: اتباع عمل أهل المدينة وإن خالف الحديث، وسد الذرائع، وإبطال الحيل، ومراعاة القصود والنيات في العقود، واعتبار القرائن وشواهد الحال في الدعاوى والحكومات، والقول بالمصالح، والسياسة الشرعية [٢].

---

(١) لم يدون أبو حنيفة رحمه الله أصول استنباطه تفصيلاً، وإنما قام فقهاء المذهب من أتباعه باستخلاص قواعده وأصوله في الاستنباط من مذهبه في الفروع، ومع هذا فقد نقل عنه ما يدل على الخطوط العريضة في منهجه في الاستنباط، من ذلك قوله: "آخذ بكتاب الله، فما لم أجده فيه فبسنة رسول الله ﷺ فان لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه، آخذ بقول من شئت منهم، وأدع من شئت منهم، ولا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم، فأما إذا انتهى الأمر أو جاء إلى إبراهيم والشعبي وابن سيرين والحسن وعطاء وسعيد ابن المسيب وعد رجالاً فقوم اجتهدوا فأجتهد كما اجتهدوا". راجع: تاريخ بغداد ٣٦٨/١٣، المدخل لدراسة الشريعة لعبد الكريم زيدان ص ١٥٨، المدخل إلى مذهب أبي حنيفة لأحمد حوى ص: ١١٩-٢٦٢.

(٢) انظر: البهجة ٢١٩/٢، الفكر السامي ١٨٤/١، الجواهر الثمينة ص: ١١٥.

ومن أصول الشافعي: مراعاة الألفاظ والوقوف معها، وتقديم الحديث على غيره [(١)].

ومن أصول أحمد: الأخذ بالحديث ما وجد إليه سبيلاً، فإن تعذر فقول الصحابي ما لم يخالف نصاً أو قول صحابي آخر، فإن اختلف أخذ من أقوالهم بأقواها دليلاً، فإن تعذر ذلك أخذ بالقياس عند الضرورة" [(٢)].

فهذه خلاصة الأسباب التي أدت بعلماء المسلمين إلى أن وقع بينهم هذا الخلاف العريض في الفروع، وهي أمور كما ترى محتمة لوقوع الخلاف، فمن أجل ذلك لم يكن مذموماً متى صدر على نحو مقبول، بل ما ترتب عليه من التيسير ورفع الحرج وعدم المؤاخذة والإنكار أوجب أن يكون محموداً ومعتبراً، وهي خاصية من خصائص الفقه الإسلامي، وتلك من نعم الله الجليلة على هذه الأمة، والحمد لله رب العالمين.

۞۞۞۞

---

(١) سير أعلام النبلاء ١٠/٢١.

(٢) بدائع الفوائد ٤/ ٨٠٨، وانظر: إعلام الموقعين ١/٢٩-٣٣، المدخل لابن بدران ص: ١١٣-١١٩.

الفصل الثاني

التعريف بالحكم القضائي وأنواعه وحكم تقنينه والإلزام به

المبحث الأول

تعريف الحكم القضائي وشروطه

المطلب الأول

تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح

١- تعريف الحكم في اللغة:

الحُكم بضم الحاء: مصدر حكم يحكم، وهو في لغة العرب يطلق بمعان عديدة مرجعها إلى المنع [(١)].

قال أبو الحسين بن فارس -رحمه الله-: "الحاء والكاف والميم: أصل واحد، وهو: المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم" [(٢)].

فمن أشهر معانيه:

١- الفصل والقضاء: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَـٰهِدِينَ ﴾ [(٣)].

وقد خصت بعض معاجم اللغة الحكمَ بالقضاء بالعدل لا بمطلق القضاء، ويشهد لهذا الاختصاص: أن هذا اللفظ متضمن لمعنى المنع، والمنع

---

(١) انظر: الصحاح ٥/١٩٠٠، تهذيب اللغة ٤/٦٨، مقاييس اللغة ٢/٩١، لسان العرب ١٢/١٤٠.

(٢) مقاييس اللغة ٢/٩١.

(٣) سورة الأنبياء، آية: ٧٨.

من الحاكم إنما يكون من الظلم، ومعلوم أن العدل الذي هو مقصد القضاء راجع إلى دفع الظلم أو رفعه، وإذا قيل: حَكم بالباطل فمعناه: أجرى الباطل مجرى الحكم، وإلا فأصل الحكومة: رد الرجل عن الظلم، وعلى هذا فيكون معناه أخص من القضاء [١].

٢- المنع والصرف، يقال: حكمتُ الرجل عن رأيه أي: منعته، وعلى هذا سمي لجام الدابة حَكَمة؛ لأنه يمنعها من الطيش والنفور [٢].

ومن ذلك قول جرير [٣]:

أبني حنيفة أَحكِموا سـفهاءكم   إني أخاف عليكمُ أن أغضبا [٤].

٣- الإحكام والإتقان، والفعل منه حكُم بوزن كرُم الدال على

---

(١) انظر: تهذيب اللغة ٤/ ٦٩، المفردات في غريب القرآن ص ١٢٧/١، لسان العرب ١٤١/١٢.

(٢) انظر: لسان العرب ١٢/ ١٤١، المفردات في غريب القرآن ص: ١٢٦.

(٣) جرير بن عطية بن الخطفي التميمي اليربوعي أبو حرزة، واسمه حذيفة، شاعر مشهور عاش في صدر الإسلام، وكان يمدح معاوية بن أبي سفيان وخلفاء بني أمية، وهو أحد الشعراء الثلاثة الذين أجمع المؤرخون على أنه ليس في شعراء الإسلام مثلهم، وأنه أشعر الثلاثة، (الفرزدق وجرير والأخطل) فاق في بيوت الشعر الأربعة، الفخر والمديح والهجاء والنسيب، وكان على هجائه للناس ذا مروءة ودين وذكر لله، وله شعر مدون. توفي سنة ١١٤هـ. انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٣٢١/١، سير أعلام النبلاء ١٩٠/٤ ، ١٩١ .

(٤) البيت في ديوان جرير ص: ٤٧.

صيرورة الفعل سجية لمن قام به؛ ولهذا يصاغ اسم الفاعل منه على فعيل الدال على المبالغة، فيقال: حكيم لمن أتقن الأمور، وكان ذا علم وحكمة، ومن ذلك: (الحكيم) من أسماء الله تعالى ؛ لأنه أتقن الخلق والأمر، كما في قوله سبحانه: ﴿ الٓرۚ كِتَٰبٌ أُحۡكِمَتۡ ءَايَٰتُهُۥ ثُمَّ فُصِّلَتۡ مِن لَّدُنۡ حَكِيمٍ خَبِيرٍ ﴾ [١].

٤- الفهم والعلم، كقوله تعالى: ﴿ يَٰيَحۡيَىٰ خُذِ ٱلۡكِتَٰبَ بِقُوَّةٖۖ وَءَاتَيۡنَٰهُ ٱلۡحُكۡمَ صَبِيّٗا ﴾[٢]، أي: علماً وفقهاً وفهماً للأحكام [٣].

وعلى هذه المعاني تدور هذه المادة في القرآن الكريم [٤].

٢- تعريف الحكم في الاصطلاح:

الحكم مصطلح له تعريفات عديدة تختلف باختلاف متعلقه من العلوم، فهناك حكم منطقي، وحكم لغوي، وحكم أصولي، وحكم فقهي، وتختلف عبارة العلماء في التعريف بماهية الحكم وحقيقته تبعاً لاختلاف هذه العلوم واختلاف أنظارهم في تصوير المصطلح وحدوده [٥].

---

(١) سورة هود، آية:١، وانظر: تهذيب اللغة ٤/٧١، لسان العرب١٢/ ١٤٠، المصباح المنير ص: ١٤٥.

(٢) سورة مريم، آية:١٢.

(٣) انظر: تهذيب اللغة ٤/٦٩، لسان العرب١٢/ ١٤٠.

(٤) انظر: تحصيل نظائر القرآن الكريم للحكيم الترمذي ص: ١٠٧.

(٥) انظر: التعريفات ص: ١٢١، الفواكه البدرية ص: ٥-٧، كشاف اصطلاحات الفنون ١/٦٩٣، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١/٥٨٢.

والذي يهمنا من ذلك اصطلاح علماء الفقه والأصول؛ لأنهما أخص بموضوع هذا البحث وألصق به.

١- تعريف الحكم عند الأصوليين:

يعرف الأصوليون الحكم بأنه: "خطاب الشرع المتعلق بأفعال العباد بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع" (١).

فقولهم: "خطاب الشرع" أرادوا به ما هو أعم من القرآن، وهو الدليل الموصل إلى الحكم الشرعي سواء كان من القرآن أو السنة، وسواء كان ذلك بالنص أو بالإجماع أو بما عداهما من الأدلة كالقياس ونحوه (٢).

و"المتعلق بأفعال العباد" قيد خرج به ما ليس له تعلق بفعلهم، وذلك مثل الإخبار عن ذات الله سبحانه، وعن أهل الاخرة وما أعد الله لهم، وعن الأمم السابقة ونحو ذلك، وكذا الخطاب المتعلق بذواتهم أو بغيرهم من الحيوان والجماد، كقوله سبحانه: ﴿ هُوَ ٱللَّهُ ٱلَّذِى لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ۖ عَٰلِمُ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ ۖ هُوَ ٱلرَّحْمَٰنُ ٱلرَّحِيمُ ﴾ (٣)، وقوله تعالى: ﴿ وَٱللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾ (٤)،

---

(١) التقرير والتحبير ٢/١٠٣، شرح تنقيح الفصول ص: ٦٤، المستصفى ١/٤٥، الإحكام ١/١٣٥، شرح الكوكب المنير ١/٦٠٢، إرشاد الفحول ١/٢٣.

(٢) انظر مع المراجع السابقة: اللمع ص: ٦، المحصول لابن العربي ٢٣، نهاية السول شرح منهاج الوصول ١/٣١، شرح مختصر الروضة ١/٢٥٠-٢٥٢.

(٣) سورة الحشر، آية: ٢٢.

(٤) سورة الصافات، آية: ٩٦.

وقوله سبحانه: ﴿وَلَقَدْ ءَاتَيْنَا دَاوُۥدَ مِنَّا فَضْلًا يَـٰجِبَالُ أَوِّبِى مَعَهُۥ وَٱلطَّيْرَ﴾ (١).

فهذا الخطاب لا يعتبر حكماً شرعياً؛ لعدم تعلقه بأفعال المكلفين (٢).

و"الاقتضاء": معناه الطلب، سواء كان بالفعل أو الترك، ويشمل الوجوب والندب والحرمة والكراهة (٣).

والمراد "بالتخيير": المباح؛ لأنه يستوي فيه الفعل والترك من حيث التكليف والجزاء (٤).

أما "الوضع": فهو جعل الشارع الشيء سبباً (٥) لشيء أو شرطاً (٦)

---

(١) سورة سبأ، آية: ١٠.

(٢) انظر: تشنيف المسامع ١/١٣٧، نهاية السول ١/٣٢، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص: ٢٩.

(٣) انظر: مع المراجع السابقة: شرح تنقيح الفصول ص: ٦٤.

(٤) انظر: شرح تنقيح الفصول ص: ٦٤، إرشاد الفحول ص: ٢٤، مذكرة أصول الفقه ص: ٤٤.

(٥) السبَب في اللغة: ما توصل به إلى غيره. المصباح المنير ١/٢٦٢.

وفي اصطلاح الأصوليين: الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع علامة على حكم شرعي هو سببه، بحيث يلزم من وجوده وجود المسبب، ومن عدمه عدم المسبب، مثل دلوك الشمس علامة على وجوب العصر، وعدمه علامة على عدمه. ينظر: شرح تنقيح الفصول ص: ٧٦، معجم مصطلحات أصول الفقه ص: ٢٢٨.

(٦) الشرْط لغة: العلامة. المصباح المنير ١/٣٠٩. واصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، =

فيه أو مانعاً [١] منه أو صحيحاً [٢] أو فاسداً [٣].

وبالنظر في هذا التعريف نجد أن "الحكم" ينقسم عند علماء الأصول إلى قسمين: تكليفي، ووضعي:

فالحكم التكليفي: "هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين على جهة

= ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالحول في الزكاة، فإنه يلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجوب الزكاة؛ لاحتمال عدم بلوغ المال النصاب، ولا يلزم أيضاً عدم وجوبها لاحتمال وجود النصاب. شرح تنقيح الفصول ص: ٧٧.

(١) المانِع لغة: اسم فاعل من المنع وهو الكف والترك. المصباح المنير٢/٥٨٠. واصطلاحاً: ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، مثاله: الدين، متى وجد منع من وجوب الزكاة، ومتى عدم لم يلزم وجوب الزكاة ولا عدم وجوبها. شرح تنقيح الفصول ص: ٧٧.

(٢) الصحة لغة: السلامة من العلل. المصباح المنير٢/٣٣٣. واصطلاحاً: الفعل الذي يترتب عليه الأثر المقصود منه، سواء كان عبادة أو معاملة، فالصحيح فيهما ما وافق الشرع وحصل به الاعتداد في العبادات، والنفوذ في المعاملات. شرح تنقيح الفصول ص:٧٢، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية٢/٣٥٧ .

(٣) الفاسِد لغة: اسم فاعل من الفساد، وهو نقيض الصلاح. اللسان ٣/٣٣٥. واصطلاحاً: الفعل الذي لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، سواء في العبادات أو المعاملات، ويعرفه الأحناف بأنه: "ما شرع بأصله ومنع بوصفه". التعريفات ص: ٢١١، شرح تنقيح الفصول ص: ٧٢، الإبهاج ١/٦٩.

الاقتضاء أو التخيير"، وهذا يشمل الأحكام التكليفية الخمسة على ما اصطلح عليه الجمهور [١]، وهي: الواجب [٢] والمندوب [٣] والحرام [٤]

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي١/١٣٥-١٣٧، المستصفى١/٤٥، شرح تنقيح الفصول ص: ٦٦-٦٧، تشنيف المسامع ١/١٦٠، البحر المحيط ١/٢٣١، الإبهاج ١/٤٣، شرح الكوكب المنير ١/٦٠٢، شرح مختصر الروضة ١/٢٦١، إرشاد الفحول ١/٢٣.

(٢) الواجِب لغة: الساقط والثابت، ويطلق بمعنى اللازم. لسان العرب ٧/٩٩، المصباح المنير ٢/٦٤٨.

واصطلاحاً: ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً جازماً بحيث يثاب على فعله ويعاقب على تركه بلا عذر. وقيل: ما يمدح فاعله، ويذم تاركه على بعض الوجوه، وقيل: هو الذي يذم شرعاً تاركه قصداً ذماً مطلقاً. المحصول ١/١١٧، الإبهاج ١/٥١، إرشاد الفحول ص: ٢٤.

(٣) المندوب لغة: اسم مفعول من الندب، وهو الدعاء لأمر مهم. المصباح ٢/٥٩٧، لسان العرب ١/٧٥٥، واصطلاحاً: ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً غير جازم، وقيل: ما رجح فعله على تركه شرعاً من غير ذم. شرح تنقيح الفصول ص: ٦٧، الإبهاج ١/٥٢، إرشاد الفحول ص: ٢٤.

(٤) الحَرام لغة: الممنوع، مصدر بمعنى مفعول. المصباح المنير ١/١٣١. واصطلاحاً: ما طلب الشارع من المكلف الكف عن فعله طلباً جازماً بحيث يترتب على فعله عقوبة، وعلى تركه ثواب، وقيل: ما يمدح تاركه، ويذم فاعله شرعاً، ويسمى: المحظور، والذي لا يجوز، والممنوع. ينظر: الإحكام لابن حزم ١/٤٤، شرح التنقيح ص: ٦٧، إرشاد الفحول ص: ٢٤.

والمكروه [١] والمباح [٢].

وأما الحكم الوضعي: فهو عبارة عن معرفات الحكم وأماراته، وهي بالجملة ثمانية [٣]، وهي: العلة [٤]، والسبب، والشرط، والمانع، ومثل ذلك

---

(١) المكروه لغة: خلاف المحبوب، وهو الذي يشق على النفس. انظر: لسان العرب ١٣/٥٣٥، القاموس ص: ١٦١٦، واصطلاحاً: ما طلب الشارع تركه طلباً غير جازم، وقيل: ما يمدح تاركه، ولا يعاقب فاعله، ويطلق بالاشتراك على أمور ثلاثة: يطلق على ما نهي عنه نهي تنزيه، وهو الذي أشعر فاعله أن تركه خير من فعله، ويطلق على ترك الأولى كترك صلاة الضحى، ويطلق على المحظور، وهو الحرام المتقدم. الإبهاج ١/٥٢، إرشاد الفحول ١/٢٤ .

(٢) المَباح لغة: اسم مفعول من الإباحة، وهي الإظهار، يقال باح بالسر إذا أظهره. وأباح الأمر إذا أذن فيه. المصباح المنير١/٦٥، لسان العرب ٢/٤١٦. واصطلاحاً: ما استوى طرفاه في نظر الشرع، وقيل: "هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم، لا على الفعل ولا على الترك"، وقد يطلق على ما لا ضرر على فاعله وإن كان تركه محظوراً كما يقال: دم المرتد مباح، أي: لا ضرر على من أراقه، ويطلق على المباح: الحلال والجائز والمطلق. شرح تنقيح الفصول ص: ٦٧، الموافقات ١/١٧٢، إرشاد الفحول ص:٢٤.

(٣) انظر: تشنيف المسامع ١/ ١٦٣ الموافقات ١/٢٩٧ مذكرة أصول الفقه ص:٣٠.

(٤) العِلة في اللغة: عبارة عن معنى يحل بالمحل، فيتغير به حال المحل بلا اختيار، ومنه يسمى المرض علة؛ لأنه بحلوله يتغير حال الشخص من القوة إلى الضعف. التعريفات ص: ٢٠١، المصباح المنير ٢/٤٢٦.

واختلف الأصوليون في تعريفها، فقيل: "هي الوصف الجالب للحكم"، =

في الاعتبار: الرخصة [١]، والعزيمة [٢]، والصحة، والفساد [٣].

٢- تعريف الحكم عند الفقهاء:

يعرف الفقهاء الحكم بأنه: "مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً" [٤].

والفرق بين التعريف الأصولي والفقهي للحكم: أن التعريف

= وقيل: "هي الباعث على التشريع، بمعنى: أنه لا بد أن يكون الوصف مشتملاً على مصلحة صالحة لأن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم" وقيل غير هذا. ولها أسماء تختلف باختلاف الاصطلاحات، فيقال لها: السبب والأمارة والداعي والمستدعي والباعث والحامل والمناط والدليل والمقتضي والموجب والمؤثر. البحر المحيط٥/١١١-١١٣، إرشاد الفحول ص: ٣٥٢.

(١) الرخصَة لغة: اليسر والسهولة. المصباح ص ٢٢٣/١، لسان العرب٧/٤٠.
واصطلاحاً: "الحكم الثابت على خلاف دليل شرعي لعذر المشقة والحرج، أو لمعارض راجح". كشف الأسرار ٤٣٣/٢، مغني المحتاج ٢٣٤/١.

(٢) العزيمة لغة: الإرادة المؤكدة. المصباح المنير٤٠٨/٢، لسان العرب ٣٩٩/١٢.
واصطلاحاً: "طلب الفعل الذي لم يشتهر فيه مانع شرعي، وتشمل العزيمة سائر الأحكام التكليفية الخمسة". ينظر: كشف الأسرار ٤٣٦/٢، شرح تنقيح الفصول ص: ٨١.

(٣) انظر الفرق بين خطاب الوضع والتكليف في: الفروق للقرافي ١٦١/١، البحر المحيط ١٧١/١، تشنيف المسامع ١/ ١٦٢.

(٤) انظر: التعريفات ص: ١٢٣، شرح مختصر الروضة٢٥٤/١-٢٥٥، ٢٣١/٣.

الأصولي يراد به الأدلة والأمارات المعرفة للحكم؛ إذ إن هذا هو موضوع علم الأصول، أما الفقهاء فتعريفهم منصب على ذات مدلول الخطاب، وهو الأثر المفهوم منه كالوجوب والحرمة وما قاربهما، وهذا هو موضوع الفقه، فإنه يبحث في الأحكام الشرعية العملية [١] .

وحاصل هذا: أن الحكم يسمى باعتبار النظر إلى نفس الآمر - وهو الله تعالى - إيجاباً أو تحريماً وهو النظر الأصولي، ويسمى بالنظر إلى ما تعلق به - وهو فعل المكلف - وجوباً أو حراماً، وهو النظر الفقهي، فهما متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار [٢].

---

(١) انظر: شرح مختصر الروضة ١/٢٥٧.

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير ١/٣٣٣ .

المطلب الثاني

تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح

١- تعريف القضاء في اللغة:

القضاءُ مصدر قضى يقضي، وله في لغة العرب عدة معان[١] مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، "وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي فقد قضي" [٢] .

قال أبو الحسين بن فارس: "القاف والضاد والحرف المعتل: أصل واحد صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، والقضاء: الحكم، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يُحكم الأحكام وينفذها، وسميت المنية قضاء لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق...وكل كلمة في الباب فإنها تجري على القياس الذي ذكرناه" [٣].

وعلى هذا الأصل تدور معاني هذه المادة في القرآن الكريم، وهي بالجملة ثمانية:

١- الحكم على وجه الإلزام، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ﴾[٤].

---

(١) انظر: الصحاح ٢٤٦٣/٦، تهذيب اللغة ١٦٩/٩، لسان العرب ١٨٨/١٥.

(٢) لسان العرب ١٨٦/١٥، وانظر: تهذيب اللغة ١٦٩/٩.

(٣) مقاييس اللغة ٩٩/٥ .

(٤) سورة طه، آية: ٧٢.

٢- الإخبار والإبلاغ، كقوله تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَٰٓؤُلَآءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ ﴾[١].

٣- الأداء والفراغ، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾[٢].

٤- الإرادة والتقدير، كقوله تعالى ﴿ بَدِيعُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَإِذَا قَضَىٰٓ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ ﴾[٣].

٥- الفرض والأمر، كقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾[٤].

٦- الإحكام والإتقان، كقوله تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾[٥].

٧- نيل المراد، كقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا ﴾[٦].

٨- المضي والإتيان، كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ ٱقْضُوٓاْ إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونِ ﴾[٧].

٩- الموت والهلاك، كقوله تعالى: ﴿وَنَادَوْاْ يَٰمَٰلِكُ لِيَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ ﴾[٨].

(١) سورة الحجر، آية: ٦٦.

(٢) سورة الجمعة، آية: ١٠.

(٣) سورة البقرة، آية: ١١٧.

(٤) سورة الإسراء، آية: ٢٣.

(٥) سورة فصلت، آية: ١٢.

(٦) سورة الأحزاب، آية: ٣٧.

(٧) سورة يونس، آية: ٧١.

(٨) سورة الزخرف، آية: ٧٧.

فهذه المعاني هي مدار هذه المادة في القرآن الكريم واللسان العربي، وما قيل فيها من غير هذه المعاني فهو في الغالب من تنوع العبارة [١].

وأقرب هذه المعاني إلى بحثنا: الحكم على وجه الإيجاب والإلزام، وقد يقال: إن الحكم أوسع دلالة من القضاء، فالحكم يشمل كل ما يصدر عن الحاكم لتحقيق العدالة في محيط الأمة والجماعة، ولا يتطلب ما يتطلبه القضاء من وجود خصومة ودعوى وبينة إلى آخر ما ذكره الفقهاء بالتفصيل في شأن القضاء، فحاكم الدولة له أن يأمر بحبس الأموال أو صرفها، وله أن يعزل من يخشى على الجماعة فتنته، ومن هنا كان الحكم أعم من مدلول القضاء لمراعاة هذا الاعتبار، وقد يطلق أحدهما على الآخر تجوزاً [٢].

٢- تعريف القضاء في الاصطلاح:

اختلفت عبارة الفقهاء في تحديد مدلول (القضاء) وتمييزه عن غيره على نحو كبير حتى داخل المذهب الواحد، وسبب هذا الاختلاف: اختلافهم في المعايير التي سلكوها في تحديد هذا المصطلح، ويمكن حصرها في ثلاثة معايير [٣]:

---

(١) انظر في ذلك: تهذيب اللغة للأزهري ١٦٩/٩، مفردات القرآن الكريم للراغب الأصفهاني ص: ٤٠٦-٤٠٧.

(٢) انظر: القضاء في عهد عمر للطريقي ٣٦/١.

(٣) انظر: السلطة القضائية لعبد الرحمن بكر ص: ٥٧ .

١- المعيار الشكلي: ويقصد به: تعريف القضاء باعتبار الجهة التي تصدره وهو الحاكم أو نائبه، أو باعتبار إجراءات سير التقاضي، أو باعتبار القوة الإلزامية التي تترتب على العمل القضائي [١].

وعلى هذا المعيار بنيت مجموعة من التعاريف منها:

ما جاء في (تبصرة الحكام): "القضاء: هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" [٢].

وجاء في (نهاية المحتاج) : "القضاء: إلزام من له الإلزام بحكم الشرع " [٣].

وجاء في (الإنصاف) : "والمراد بالقضاء في الشرع: الإلزام" [٤].

وجاء في (سبل السلام) : "القضاء في الشرع: إلزام ذي الولاية بعد الترافع" [٥].

ويلاحظ على تعريف القضاء بهذا الاعتبار أنه لم يستوف جميع عناصر القضاء، بل اقتصر على بعضها فقط، وهي الجهة الحاكمة، أو الإلزام المترتب على الحكم، أو ما يتبع ذلك من بعض الإجراءات، وبعض هذه

---

(١) السلطة القضائية ص: ٥٧.

(٢) تبصرة الحكام ٩/١، وانظر: مواهب الجليل ٨٦/٦ .

(٣) نهاية المحتاج ٢٣٥/٨.

(٤) الإنصاف للمرداوي ١٥٤/١١.

(٥) سبل السلام ١١٥/٤.

التعاريف اقتصر على بعض هذه العناصر الثلاثة و لم يستوفها جميعاً [١].

٢- المعيار الموضوعي: وهذا المعيار يقوم على اعتبار موضوع القضاء وغايته الكبرى، وهي فصل النزاع وإنهاء المخاصمة بقطع النظر عن الجهة المنهية لهذا النزاع [٢].

وعلى هذا المعيار انبنت مجموعة من التعاريف، منها:

ما جاء في (البحر الرائق): "القضاء شرعاً: فصل الخصومات وقطع المنازعات" [٣].

وجاء في (مغني المحتاج): "القضاء: فصل الخصومة بين اثنين فأكثر بحكم الله تعالى" [٤].

٣- الجمع بين المعيارين السابقين: ويمكن تسمية هذا النمط بالمعيار المختلط، وهو معيار يقوم على أساس الجمع بين العناصر الشكلية والموضوعية، بحيث يتميز مصطلح (القضاء) عن غيره تميزاً بيناً [٥].

وممن أخذ بهذا المعيار جمهور الحنابلة، وبعض الحنفية والمالكية.

---

(١) انظر: السلطة القضائية لعبد الرحمن بكر ص: ٥٧ .

(٢) انظر: المرجع السابق ص: ٥٨.

(٣) البحر الرائق ٢٧٧/٦، و في حاشيته ٣٥٢/٥ زيادة: "على وجه خاص" ليخرج الصلح ونحوه كالتحكيم.

(٤) مغني المحتاج ٣٧٢/٤ .

(٥) انظر: السلطة القضائية لعبد الرحمن بكر ص: ٥٩-٦٠.

فقد جاء في (كشاف القناع) : "القضاء: تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات" [١].

وجاء في (البحر الرائق) : "إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا" [٢].

وجاء في (الهداية الكافية): "القضاء: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين" [٣].

وقد اتجه أكثر المعاصرين في تعريفهم للقضاء وجهة أصحاب الجمع بين المعيارين، فعرفوه بما يجمع بين تلك العناصر السالفة، من ذلك:

تعريف الدكتور وهبة الزحيلي إذ يقول: "القضاء: فصل الخصومة، وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام" [٤].

وعرفه الدكتور محمد نعيم ياسين بأنه: "فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام" [٥].

---

(١) الروض المربع٣/٣٨٢ وانظر: كشاف القناع٦/٢٨٥.

(٢) البحر الرائق ٦/٢٧٧، وانظر: حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٢.

(٣) الهداية الكافية المشهور بشرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٥٦٧. وانظر: مواهب الجليل ٦/٨٦.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٧٨٥ .

(٥) نظرية الدعوى ٢/٢٠٣، وانظر: نظرية الحكم القضائي ص: ٥٢ .

مقارنة بين الحدود السابقة :

بالنظر في التعريفات السابقة لمصطلح القضاء نجد أنها مختلفة في تصوير وتحديد ماهية القضاء، فبعضها يركز على الفصل بين الخصوم باعتبار أنه المعلَم الرئيسي من معالم القضاء، والبعض منها يركز على الإلزام الذي هو من خصائص وطبيعة الحكم القضائي، والبعض الآخر يوسع دائرة هذا المصطلح حتى يشمل ما ليس من تخصصات القاضي مثل التحكيم[١] والصلح [٢] ونحو ذلك [٣].

ويلوح هنا سبب آخر من أسباب هذا الخلاف، وهو اختلافهم في حقيقة القضاء نفسه، هل هو صفة حكمية تلازم موصوفها وتوجب نفوذ حكمه، أم أنه فعل يقوم به القاضي؟، ثم هل القضاء خاص بالمنازعات، أم

---

(١) التحكيمُ لغة: مصدر حكمه في الأمر والشيء، أي: جعله حكماً وفوض الأمر إليه. المصباح ١/١٤٥. واصطلاحاً: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما. البحر الرائق ٧/٢٤، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١/٤٤٣.

(٢) الصُّلح لغة: اسم مصدر بمعنى المصالحة والتصالح خلافا للمخاصمة والتخاصم. لسان العرب: ٢/٥١٧. وشرعاً: عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم، أو هو: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين. المغني ٤/٣٠٨، معجم الألفاظ والمصطلحات الفقهية ٢/٣٨٨-٣٨٩ .

(٣) انظر مناقشة هذه التعريفات في القضاء ونظامه في الإسلام ص: ٣٤-٤٣، نظرية الحكم القضائي ص: ٣٥-٥٢.

يشمل المنازعات وغيرها ؟، وهل يشمل التحكيم في جزاء الصيد وشقاق الزوجين ونحو ذلك أم لا يشمله ؟ [١].

وقد يكون شبهه بالفتوى مما أثار هذا الخلاف أيضاً على اعتبار أن كلا منهما إخبار عن حكم الله تعالى، ولذلك نجد كثيراً من مسائل هذا الباب يتردد النظر فيها بين كونها فتوى أو قضاء، فمن أجل احتمال شمول القضاء لهذه الأمور عسر تحديد هذا المصطلح.

إذا علم هذا فثمة أمور اجتمعت عليها هذه التعريفات تجدر الإشارة إليها قبل اختيار التعريف المناسب، وهي:

١- بيان الحكم وإظهاره، سواء كان ذلك بالفعل أو بالقول أو بالإشارة أو بالكتابة، فإن أسر القاضي الحكم في نفسه أو أخفاه بأي وجه لم يكن ذلك قضاء .

٢- الحكم الشرعي، وهو المستند إلى دليل من الكتاب والسنة أو مما استنبط منهما؛ إذ بذلك يحسم النزاع وتفصل الخصومات، وهذا يخرج إخبار القاضي بغير الأحكام الشرعية كما لو أخبر بحكم لغوي أو عقلي، فذلك لا يسمى قضاء، وكذا لوحكم بحكم مصادم للشرع لم يكن حكمه قضاء معتبراً، بل ينقض ولا كرامة له.

٣- الإلزام بالحكم الشرعي على المقضي عليه شاء أم أبى، وبهذا يخالف القضاءُ الفتوى والصلحَ ورأي المستشار ونحو ذلك.

---

(١) انظر: القضاء ونظامه في الإسلام ص: ٣٤-٣٥.

٤- القضية المتنازع فيها، وهي الواقعة التي يراد الحكم فيها، فلو خلا حكم القاضي عن واقعة أو خصومة لم يكن ذلك قضاء، وهذا لا يكاد يصدر إلا عبثاً [١].

وبناء على ما تم لحظه في هذه التعريفات فالذي يظهر لي أولاً: أن أقرب المعايير لتحديد مصطلح القضاء هو الجمع بين المعيارين؛ ذلك أنه معيار جامع لأفراد المعرف وعناصره، ويحصل به تمييز المصطلح تميزاً جلياً بخلاف المعيارين الأولين، فهما لا يستوفيان جميع هذه العناصر، ومن شرط التعريف المعتبر أن يحوي جميع عناصر المعرف، ويمنع من دخول غيره فيه، ومعلوم أن المعيار الشكلي لا يمنع من دخول بعض الأعمال الولائية فيه مما ليست له صفة القضاء كإدارة أعمال القصر مثلاً، وكذلك المعيار الموضوعي لا يصدق على جميع الأحكام القضائية، فهناك أحكام تصدرها المحاكم، وهي ليست ناتجة عن منازعة، وذلك مثل تزويج من لا ولي لها، ومثل تعيين الأوصياء والأمناء ونحو ذلك [٢].

ثم الذي يظهر لي رجحانه من التعريفات التي انبنت على الجمع بين المعيارين هو تعريف الدكتور محمد نعيم ياسين؛ ذلك أنه استفاد من ملاحظات من سبقه، فجاء تعريفه كأنه إصلاح لتلك التعريفات جميعها، مع تميزه عنها بالإيجاز والاختصار وهي صفة مطلوبة في الحدود.

---

(١) انظر: القضاء في عهد عمر ١/٣٨-٣٩.

(٢) انظر: السلطة القضائية ص: ٦٢-٦٣.

المطلب الثالث

تعريف الحكم القضائي باعتباره علماً على الإلزام

بالرجوع إلى كثير من مصنفات الفقه وكتب المصطلحات والتعريفات لم أجد من وضع للحكم القضائي تعريفاً يميزه عن القضاء الذي هو الوسيلة لاستصداره، والسبب في ذلك فيما يظهر لي أن الحكم جزء لا ينفصل عن القضاء، بمعنى أنه لا يتصور قضاء بدون حكم، ولا حكم دون قضاء، فهو من مقتضياته ولوازمه، فاستغنوا بتعريف القضاء عن تعريف الحكم.

وقد رأيت لبعض الباحثين [1] سرداً لمجموعة من التعريفات للحكم القضائي، ولكن حين رجعت لمصادرها وجدتها حالة محل (القضاء) أعني أن أصحابها وضعوها لتعريف القضاء لا لتعريف الحكم، وقد يعبرون بالحكم عن القضاء أحياناً، وذلك لا يعني أنهم يميزون بين اللفظين، بل هما عندهم لفظان يعبر بأحدهما عن الآخر [2].

---

(١) انظر مثلاً: نظرية الحكم القضائي لعبد الناصر أبو البصل ص: ٣٤-٥٥، وأشير هنا إلى أن الباحث نفسه لم يتطرق لتعريف القضاء، وأظنه اكتفى بتعريف الحكم القضائي عن تعريف القضاء.

(٢) ومما يدل لذلك: أن (الحكم) من معانيه في اللغة: الفصل والقضاء، وهذا أشهر معانيه، ولذلك عبر به القرآن في أكثر من آية، وهو المقصود من قوله ﷺ: "إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران" [صحيح البخاري ١٠٨/٩]، =

ومن هذه التعريفات تعريف بدر الدين بن الغَرس [١] حيث قال: "هو الإلزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً" [٢].

يريد بقوله: "الإلزام" التقرير التام، سواء كان إلجاء إلى فعل أو ترك، أو إظهار ثبوت معنى في محل.

= والفقهاء غالباً ما يطلقون الحاكم ويريدون به القاضي، وكثير من مصنفاتهم التي وضعوها في القضاء جاءت عناوينها متضمنة للحكم، ومما يجلي هذا أكثر: قول أبي عبد الله الحطاب: "واعلم أن القضاء في اصطلاح الفقهاء يطلق على الصفة المذكورة كما في قولهم: ولي القضاء أي: حصلت له الصفة المذكورة، ويطلق على الإخبار المذكور، (يريد الحكم) كما في قولهم: قضى القاضي بكذا، وقولهم: قضاء القاضي حق أو باطل". مواهب الجليل ٨٦/٦.

وأيضاً فقد جاء في (عماد الرضا) لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري قوله: "وأما الحكم: ويعبر عنه بالقضاء فهو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع" وحكى شارحه عبد الرؤوف المناوي عن الإمام الزركشي قوله: "وقضيته ترادف القضاء والحكم، فهما شيء واحد". شرح عماد الرضا ٥٨/١.

(١) محمد بن محمد بن محمد بن خليل البدر أبو اليسر القاهري، ويعرف بابن الغرس، وهو لقب جده خليل الأدنى، فقيه حنفي، تولى مشيخة تربة برسباي، وناب في القضاء، وعرف بمزيد الذكاء، ومصنفاته تشهد بطول باعه في الفقه، من آثاره: (شرح على العقائد النسفية) (الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية). توفي سنة ٨٩٤هـ. انظر: الضوء اللامع ٢٢٠/٩، الأعلام ٢٨٠/٧ .

(٢) الفواكه البدرية ص: ٧.

وجاء بقوله "في الظاهر" لبيان أمرين:

أحدهما: الاحتراز عن الإلزام في نفس الأمر، فلا يسمى قضاء؛ لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى، وهذا كوجوب الواجبات وحرمة المحرمات، فالإلزام بالإتيان بها أو الكف عنها مرجعه الشرع ليس الحاكم .

الثاني: أن حكم القاضي مظهر للحكم لا منشئٌ له، وعليه: فحكمه في العقود والفسوخ ينفذ في الظاهر والباطن، فيحل للمحكوم له قضاء وديانة.

والمراد بقوله: "على صيغة" أي الصيغة الشرعية كألزمت، وقضيت، وحكمت، وأنفذت عليك القضاء.

وقوله: "بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً" قيد احترز به عن الحكم بالجور والتشهي، فلا يصدق عليه القضاء الشرعي وإن كان في صورته قضاء (١).

ومن التعريفات التي صنفت على أنها حدود للحكم القضائي: تعريف ابن عَرفة (٢) إذ قال: "جزم القاضي بحكم شرعي على وجه الأمر به" (٣).

---

(١) انظر الفواكه البدرية ص ٧-١٣، حاشية ابن عابدين ٣٥٢/٥.

(٢) محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، وصفه ابن فرحون بأنه: "الإمام العلامة المقرئ الفروعي الأصولي البياني المنطقي، شيخ الشيوخ" من آثاره: (المختصر في الفقه المالكي) و (المختصر الشامل في أصول الدين). توفي سنة ٨٠٣ هـ .انظر ترجمته في: الديباج المذهب ٣٠٣/١، مقدمة الرصاع لشرحه لحدود ابن عرفة ٦١/١.

(٣) حاشية الدسوقي ١٥٧/٤، وانظر: مواهب الجليل ٨٦/٦ .

وهو تعريف واضح المعالم، يغني وضوحه عن الإسهاب في شرحه .

ومنها: تعريف ابن حجر الهيتمي [١] حيث قال في مفتتح باب حكم القاضي: "وأما الحكم: فهو ما يصدر من متول عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص" [٢].

يريد بقوله: "ما يصدر" وسائلَ التعبير عن الحكم القضائي من قول أو فعل أو كتابة وما أشبهها [٣].

وقوله: "من متول عموماً وخصوصاً" يعني به سواء كان القاضي صاحب الولاية الكبرى وهو الحاكم، أو كان دونه وهو القاضي أو المحكم، وسواء كان ممن له النظر في جميع القضايا أو في بعضها [٤].

وقوله: "راجعاً إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء" يريد به أن حكم القاضي كاشف للحق ومظهر له وليس بمنشئ، فهو متعلق

---

(١) أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر شهاب الدين أبو العباس الهيتمي السعدي الأنصاري، ففقيه شافعي وصف بأنه: "الإمام العلامة والبحر الزاخر، وأنه برع في علوم كثيرة من التفسير والحديث والكلام والفقه أصولاً وفروعاً". من آثاره: (تحفة المحتاج لشرح المنهاج) و (الفتاوى الفقهية الكبرى) توفي سنة ٩٧٣هـ . انظر : الضوء اللامع ٢٥٨/١، شذرات الذهب ٣٧/٨.

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى ١٩٨/٢.

(٣) انظر: نظرية الحكم القضائي ص: ٤٦.

(٤) انظر: المرجع السابق .

بواقعة سابقة على القضاء، يفصل فيها حسبما تبين لـــه في الظـــاهر، ولا يحيل المدعى عن صفته الباطنة، واحترز بوصف "السابقة" عمـــا ينشـــئه القاضي من العقود كتزويج الأيتام ونحوه، فهذه العقود تنشأ عنها إلزامات جديدة، وليست سابقة على الحكم.

وأراد بقوله: "على وجه مخصوص" إجراءات التقاضي ولوازم الحكم من دعوى وبينات وغير ذلك (١).

ومن هذه التعريفات: قول العلامة الحنبلي منصـــور البـــهوتي (٢): "والقضاء: هو الإلزام بالحكم الشرعي، وفصل الخصـــومات، والحكـــم: إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام، أو للإباحة والإطـــلاق إن كـــان الحكم في الإباحة، كحكم الحاكم بأن الأرض الموات إذا بطل إحياؤهـــا صارت مباحة لجميع الناس" (٣).

---

(١) انظر: نظرية الحكم القضائي ص: ٤٦.

(٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين، بن حسن بن أحمد بن علي بن إدريس البهوتي، أحد المحققين في المذهب الحنبلي، وله باع كبير في التفسير والأصول، قال عنه ابن بدران إنه "شيخ الحنابلة في عصره" ومصنفاته تدل لذلك، من آثاره: (الروض المربع شرح زاد المستقنع) و (كشاف القناع عن متن الإقناع) توفي سنة ١٠٥١هـ . انظر ترجمته في: خلاصة الأثر ٤/٤٢٦، المدخل لابن بدران ص: ٤٤٠، الأعلام ٧/٣٠٧.

(٣) كشاف القناع ٦/٢٨٥ .

وبعد: فبالرجوع إلى مصادر هذه التعريفات يلفى أن أصحابها وضعوها بصدد تحديد القضاء وتمييزه عن غيره، ولم يجعلوها للحكم القضائي، والسبب في ذلك ما سلف من أنهم لا يفرقون بين اللفظين؛ لتلازمها وعدم تصور أحدهما دون الآخر.

ومع هذا فإنه ولو ساغ إطلاق أحد اللفظين على الآخر إلا أنه لا يمكن جعلهما من قبيل المترادف؛ لأن الحكم وإن كان هو الركن الأكبر للقضاء، والغرض المقصود منه لكن ليس هو كل القضاء، بل هو جزء منه، وهذا يظهر بأدنى تأمل، وإذا سلم ذلك فالحكم يتمثل فيما يصدره القاضي من الأوامر والنواهي على وجه الإلزام، وقد وضع له الباحث عبد الناصر أبو البصل تعريفاً أراه مما يصلح لتصويره، وهو قوله: "الحكم: هو ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلاً في الخصومة، متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له" [١].

---

(١) نظرية الحكم القضائي ص: ٥٢-٥٣.

المطلب الرابع
شروط الحكم القضائي

ذكر الفقهاء -رحمهم الله- شروطاً للحكم القضائي يتوقف عليها صحة تنفيذه، وهي بالجملة ثمانية:

١- أن تسبقه دعوى صحيحة بخصوصه، وهذا الشرط يختص بالمنازعات المتعلقة بحقوق العباد؛ إذ الحكم فيها متوقف على المطالبة، أما حقوق الله فمتى خُول للقاضي النظر فيها فإن حكمه لا يتوقف على هذا الشرط؛ لأن المطالبة بتحصيله سبقت من الشرع، فوجب تحقيق مطلوبه، على أن ما كان من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يختص النظر فيه بالحاكم بل يشركه فيه غيره [١].

ولا بد أن يكون الحكم مع ذلك قولاً صريحاً، فلا يعتبر هذا الشرط في الأفعال التي يراد بها القضاء، كما لو زوج الصغير الذي ليس له ولي، أو باع مال يتيم، ولا في الأحكام الضمنية عند من يقول بصحة الأحكام الفعلية والضمنية [٢].

٢- أن تثبت لدى القاضي أدلة وقوع الحادثة بأسبابها المعتبرة شرعاً

---

(١) انظر: الفواكه البدرية ص: ٥٠، ٦١-٦٢.

(٢) انظر: الفواكه البدرية ص: ٥٠، البحر الرائق ١٩٢/٤، ٢٧٩/٦، حاشية ابن عابدين ٤٢٤/٥، درر الحكام ٦٦٧/٤، حاشية الدسوقي ١٥٧/٤، حاشية الرملي ٤٢٥/٩، المغني ٢٠٢/١٠.

كالإقرار أو الشهادة أو اليمين، أو علم القاضي بشرطه، أو نحو ذلك مما يبين الحق ويظهره، وكل حكم لم يستند إلى دليل وسبب من هذه الأسباب فهو مردود على صاحبه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "لو يُعطى الناس بدعواهم لادّعى رجالٌ أموال قوم ودماءَهم، ولكن البَيِّنَة على المُدَّعِي، واليمين على من أنكر" (١).

قال النووي: "وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه: أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه" (٢).

٣- أن يصدر الحكم بحضور أطراف النزاع، وهذا الشرط يتأتى على مذهب الحنفية القائلين بعدم جواز الحكم على الغائب من غير حاجة، ولم يستثنوا من هذا الشرط إلا الحالات التي جوزوا فيها الحكم على الغائب، وسيأتي بحث هذه المسألة مفصلاً في موضعه بحول الله (٣).

٤- أن يصدر الحكم بصيغة تدل على الإلزام، كأن يقول: حكمت، أو قضيت، أو أنفذت عليك القضاء، ونحو ذلك، وهذا الشرط محل وفاق

---

(١) أخرجه من حديث ابن عباس: البيهقي في (السنن١٠/٢٥٢)، وأصله في الصحيحين، قال النووي في شرحه لصحيح مسلم ١٢/٣ : "وإسناد هذه الزيادة حسن أو صحيح"، وكذا قال ابن حجر في فتح الباري ٥/٢٨٣.

(٢) شرح صحيح مسلم ١٢/٣، وانظر: البحر الرائق ٦/٢٨٠.

(٣) انظر: درر الحكام ٤/٦٦٤، وص: (٨٩٨) من هذا الكتاب.

بين العلماء في الجملة [١]، وإنما يختلفون في بعض الصيغ من جهة اختلافهم هل تفيد الإلزام أم لا تفيده [٢]، كاختلافهم في قول القاضي: ثبت عندي، أو صح عندي، أو ظهر عندي، أو علمت، ونحو ذلك [٣].

٥- أن يصدر الحكم بصيغة الجزم، فلا يقبل ما يحتمل الشك والتردد، وذلك كقوله: أظن أن لفلان الحق في كذا، أو يبدو لي أن المشهود له أحق بالعين، ونحو هذه الألفاظ؛ وهذا لأن الإلزام لا تدل عليه ألفاظ الشك والتردد [٤].

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٧٧-٢٧٨، حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٢، مغني المحتاج ٤/٣٩٤، الإنصاف ١١/٢٢٢.

(٢) جمهور أهل العلم على أنه لا يشترط لفظ معين في الدلالة على الحكم، بل يجوز بأي لفظ اتفق إذا دل على الإلزام؛ إذ العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، وهذا قول المالكية والشافعية وأكثر الحنفية، وهو ظاهر المذهب عندهم، وذهب الحنابلة وفريق من الحنفية إلى وجوب ألفاظ معينة للدلالة على الحكم، كقول القاضي: قضيت أو حكمت أو أنفذت عليك القضاء، وهذا لأنهم يرون أنه لا يدل على اللزوم إلا ما أشبه هذه الصيغ مما نصوا عليه في مصنفاتهم .انظر: البحر الرائق ٦/٢٧٧-٢٧٨، الشرح الكبير ٤/١٥٦، مغني المحتاج ٤/٣٩٤، المغني ١٠/١٢٤، الإنصاف ١١/٢٢٢.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٧٧، تبصرة الحكام ١/٧٩-٩٨، روضة الطالبين ١١/١٨٥، الإنصاف ١١/٢٢٧.

(٤) درر الحكام ٤/٥٢٠، ومراجع الشرط السابق .

٦- أن يكون الحكم واضحاً لا خفاء فيه ولا غموض، بأن يعين أطراف الحكم من المحكوم به والمحكوم له والمحكوم عليه، فإن كان المحكوم به منقولاً حاضراً في مجلس الحكم أشار إليه، وإن كان غائباً ذكر من وصفه ما يميزه عن غيره، ويميز بين الخصوم بما يتميز به كل منهما من الاسم والكنية واللقب، والمهنة وما أشبه ذلك [١].

٧- أن يصدر الحكم بعد استيفاء الحجج من الخصوم، وهو المسمى بالإعذار [٢]، وقد اختلف أهل العلم في حكمه على قولين:

القول الأول: أن إعذار القاضي إلى الخصوم شرط في صحة حكم الحاكم، ومتى صدر حكمه من دون إعذار فإنه ينقض، وهذا مذهب المالكية، ووجه عند الشافعية [٣].

قال مالك-رحمه الله-: "من وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما وفهم القاضي عنهما فأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبَقيت لكما حجة ؟، فإن قالا لا فصل بينهما، وأوقع الحكم، فإن

(١) الشرح الكبير للدردير ١٦١/٤، أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ٤٦٦، مغني المحتاج ٣٩٤/٤، المغني ١٢٩/١٠.

(٢) الإِعذار لغة: مصدر أعذر إليه في كذا إذا بالغ في الطلب ولم يقصر. واصطلاحاً: "سؤال من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه". لسان العرب ٥٤٥/٤، منح الجليل ١٧٧/١٤.

(٣) الذخيرة ٧٦/١٠، تبصرة الحكام ١٤٢/١، المعيار ١١٦/١٠،خبايا الزوايا ص ٤٨٧.

أتيا بعد ذلك يريدان نقض ذلك الحكم لم يقبل منهما إلا أن يأتيا بأمر يرى أن لذلك وجها" (١).

وقيد بعض المالكية محل وجوبه للمحكوم عليه بما إذا ظن القاضي جهله بأن له الطعن أو عجزه عن ذلك، وأما إن ظن علمه بأن له الطعن وأنه قادر على ذلك لم يجب، بل له أن يحكم بدونه (٢).

القول الثاني: أن الإعذار يستحب للقاضي وليس عليه بواجب، وذلك فيما إذا طلبه المدعى عليه، وهو مذهب الجمهور (٣).

ولا يخفى رجحان المذهب المالكي في هذه المسألة؛ لموافقته للأصل العام في العقوبات، وهو أنها لا تنفذ إلا حيث تقام الحجة، وتنقطع الأعذار، كما استفاضت بذلك النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة، كقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ (٤).

وقد قال نبي الله سليمان عليه السلام عن الهدهد لما غاب عن بعض أعماله: ﴿لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَاْذْبَحَنَّهُۥٓ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَٰنٍ مُّبِينٍ﴾ (٥).

---

(١) المدونة ١٢/ ١٣٢.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/١٤٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٣/٧، البحر الرائق ٢٠٢/٧، مغني المحتاج ٤٧٠/٤، نهاية المحتاج ٢٦٤/٨، المغني ١٢٤/١٠، شرح منتهى الإرادات ٥١٨/٣.

(٤) سورة الإسراء، آية: ١٥.

(٥) سورة النمل، آية: ٢١.

وقال النبي ﷺ: "أعذر الله إلى امرئ أخر أجله حتى بلغ ستين سنة" [(١)].

قال المَناوي [(٢)]: "هذا أصل الإعذار من الحاكم إلى المحكوم عليه"[(٣)].

ولأن الخصم قد يكون له مدفع في البينة ولكنه يجهل أن له الطعن فيها، أو يكون ضعيفاً بحيث لا يقدر على دفعها، وقد يبدو له أن يطعن في الحجة بعد الحكم، فمتى أُعذر وتم الحكم لم يمكنه ذلك، وهذا فيه صيانة لأحكام القاضي من النقض والعبث [(٤)].

ويترجح في النظر أن الإعذار لا يتقيد بثلاثة أيام على ما ذهب إليه بعضهم ، بل بحسب الحاجة، فإن ظهر عناد الخصم المحكومِ عليه ومدافعته للحاكم لم يَضرب له أمداً، بل يفصل الحكومة؛ فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم[(٥)].

٨- أن يكون مستند الحكم هو الشرع المستمد من الكتاب أو

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة: البخاري في صحيحه: كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر (٥/٢٣٥٩ح ٦٠٥٦) .

(٢) محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي المناوي المصري الشافعي، فقيه أصولي محدث لغوي، وله مشاركة في فنون كثيرة، من آثاره: (فيض القدير) (شرح الشمائل للترمذي) توفي سنة ١٣١هـ. انظر ترجمته في: البدر الطالع ١/٣٥٧، الأعلام ٦/٢٠٤.

(٣) فيض القدير ١/٥٥٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٣.

(٥) انظر: إعلام الموقعين ١/١١٠.

السنة أو القياس الصحيح أو القواعد العامة أو العوائد والأعراف التي لا تخالف الدين، وهذا أمر محتوم على القاضي، على اعتبار أنه مستناب لإظهار حكم الشرع والإلزام به، فلم يكن له أن يحكم بالهوى أو برأيه [(١)].

وهذا لقول الله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [(٢)]، وقال سبحانه: ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ [(٣)]، وقال النبي ﷺ: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" [(٤)]، والرد هنا بمعنى المردود، أي: فهو باطل لا يعتد به [(٥)].

وأجمع الفقهاء على أن القضاء متى صدر على وجه مخالف لنص مقطوع به أو للإجماع أو للقواعد العامة وجب نقضه [(٦)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٧، تبصرة الحكام ٥١/١، الأم ٢٠٤/٦، المغني ٩٩/١٠، المحلى ٣٦٢/٩.

(٢) سورة النساء، آية: ٦٥ .

(٣) سورة المائدة، آية: ٤٩.

(٤) أخرجه من حديث عائشة رضي الله عنها: مسلم في صحيحه: كتاب الحدود، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (١٣٤٣/٣ح ١٧١٨) وهو عند البخاري بلفظ: "من أحدث" في كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (٩٥٩/٢ح ٢٥٤٩).

(٥) شرح صحيح مسلم للنووي ١٦/١٢.

(٦) فتح القدير ٣٠٢/٧، الفروق ٩٤/٤-١٠١، الأم ٢٠٤/٦، المغني ١٠٣/١٠.

المبحث الثاني
أنواع الحكم القضائي وطبيعته

المطلب الأول
أنواع الحكم القضائي

قسم الفقهاء الحكم القضائي إلى أنواع كثيرة باعتبارات مختلفة، وفيما يلي عرض موجز لأهم هذه الأنواع:

١- الحكم القَولي:

والمراد به: الحكم الذي يصدره القاضي ملفوظاً بصيغة معينة، كقوله: حكمت، أو قضيت، أو أفصل في هذه القضية بكذا، أو نحو ذلك مما يدل على الحكم اللازم.

ويعتبر الحكم القولي هو الأصل في أحكام القاضي؛ لأن القاضي في هذا المنصب بمثابة المشرع، فيكتفي بإظهار حكم الشرع في الحادثة، وإنما التنفيذ على غيره، ويقابله الحكم الفعلي، وهو ضرب من تنفيذ الحكم القضائي [1].

٢- الحكم الفِعلي:

والمراد به: فعل القاضي الذي يكون على وجه الحكم، وذلك مثل دفعه

(١) البحر الرائق ٢٧٧/٦، حاشية ابن عابدين ٤٢٤/٥، تبصرة الحكام١٠١/١، نظرية الدعوى ص: ٦٦٧.

الحق المتنازع عليه إلى المدعي، أو إقراره بيد المدعى عليه، وكل ما دل على حكمه من غير قول فهو حكم فعلي مثل الكتابة والإشارة ونحو ذلك [١].

ولا يخلو متعلق الحكم الفعلي من شيئين:

أحدهما: ما ليس بموضع للحكم، فهذا لا يعتبر حكماً باتفاق الفقهاء، وذلك مثل ما لو وكلته بالغة عاقلة في تزويج نفسها، وأذنت له بذلك، فإن زوّجها فلا يكون فعله حكماً؛ لأنه وكيل عنها، والوكيل لا يقضي لموكله [٢].

الثاني: ما ليس بمحل للحكم، وهو ما يفتقر إلى نظر واجتهاد، ويستفيده القاضي بطريق ولاية الحكم، وذلك مثل تزويجه الصغيرة التي لا ولي لها، وتصرفه في مال اليتامى والقصار بالبيع والشراء، ونحو ذلك، فهذا فيه خلاف بين أهل العلم على قولين:

أحدهما: أن فعله حكم كقوله، وهذا هو المذهب عند الحنفية والحنابلة، وقال به المالكية في بعض الصور والمسائل [٣].

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١٠١/١.

(٢) البحر الرائق ٦/ ٢٧٩، حاشية ابن عابدين ٤٢٣/٥، الإحكام للقرافي ص٤٩، تبصرة الحكام ١٠١/١، أدب القضاء للحموي ص: ١١٨-١١٩، كشاف القناع ٣٢٢/٦، الإنصاف٢٢١/١١.

(٣) انظر: الفواكه البدرية ص: ٢٢، فتح القدير ٢٨٨/٣، البحر الرائق ٢٧٩/٦، تبصرة الحكام٧٩/١، مواهب الجليل ٤٠٢/٢، الفروع ٣٩٨/٦ .

القول الثاني: أن فعل القاضي لا يعد حكماً؛ لأن القضاء يستدعي مقدماته الشرعية كالدعوى والحجة المطابقة لها وتوابع ذلك، وفعل القاضي في الغالب لا يستدعي ذلك، وهذا مذهب الشافعية، وفريق من الحنفية منهم ابن الغرس [١].

٣- الحكم القصدي:

ويسمى "الحكم الصريح"، وهو: الحكم الذي يكون منصباً على ذات الحق المدعى به، وسمي بذلك لكونه في مقابلة الحكم الضمني، ومثاله: لو حكم القاضي على زوج بصرف نفقة شهرية لزوجته بناء على دعوى قطع النفقة عنها، فالحكم بالنفقة هو المقصود أولاً بالحكم، وقد تضمن مع ذلك ثبوت الزوجية بينهما، وهذا حكم ضمني [٢].

٤- الحكم الضِّمني:

وهو: "ما لا بد منه في القضاء القصدي"[٣]، أو هو: "الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود، بل داخلاً ضمن المدعى المحكوم به قصداً"[٤].

---

(١) انظر: أدب القاضي لابن أبي الدم ص: ١١٨-١١٩، الفواكه البدرية لابن الغرس ص: ٢٠-٢١، شرح عماد الرضا للمناوي ١/٣٠٥-٣٠٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين٥/٤٢٤، شرح المجلة للأتاسي ٦/١٣٤-١٣٥، نظرية الدعوى ص: ٦٦٥- ٦٦٦.

(٣) الفواكه البدرية ص: ٥٣.

(٤) نظرية الدعوى ص: ٦٦٥-٦٦٦.

ومثاله: لو حكم القاضي على غائب بالحق المدعى به عليه، وذكر اسمه واسم أبيه وجده، فحكمه بالحق المحكوم به حكم قصدي، وإقراره بنسب المدعى عليه حكم ضمني[١].

والأصل من هذين الحكمين هو الحكم القصدي، فهو الذي استوفى شروطه من البينة وتقدم الدعوى وغير ذلك، أما الحكم الضمني فهو تابع للقصدي ولازم له، ومن ثم اغتفر فيه الفقهاء ما لم يغتفروه في القصدي، ومن ذلك: أنهم لم يشترطوا فيه تقدم دعوى ووجود خصومة وإحضار البينات ونحو ذلك من إجراءات التقاضي؛ اكتفاءً بالأصل [٢].

ومن مظاهر هذا الاغتفار: أن الحكم الضمني قد يشمل ما لم يحل بعد، مثال ذلك: أن يحكم الشافعي بموجب عقد إجارة، فحكمه يكون مانعاً لغيره من الحكم بالفسخ بعد الموت؛ لأن حكم الشافعي بالموجب قد يتناول الحكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمناً، فإن قيل: إن حكم الشافعي ببقاء الإجارة بعد الموت حكم بالموت قبل وجوده فيكون باطلاً، أجيب بأن الحكم ببقاء الإجارة حكم وقع ضمناً؛ لأن موجب الإجارة لم ينحصر فيه، وهم يغتفرون في الضمنيات ما لا يغتفرون في القصديات [٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٨٠.

(٢) انظر: البحر الرائق ٦/٢٧٩، حاشية ابن عابدين ٥/٤٢٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٩٥، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٦.

٥- الحكم بالاستحقاق:

والمراد به: "إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله: حكمت عليك بالشيء الذي ادعي به عليك، ويسمى: قضاء إلزام، وحكم إلزام، وقضاء ملك؛ لأن القاضي ألزم بتمليك الحق المدعى به للمدعى عليه" [١].

٦- الحكم بالترك:

والمراد به: "منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام، كقوله: ليس لك الحق فيما تدعي، أو أنت ممنوع عن المنازعة أو نحو ذلك" [٢].

وحاصل هذا النوع من الأحكام: القضاء بعدم التعرض للمدعى عليه ومنازعتِه في حقه.

والفرق بين هذين النوعين: أن الحكم بالاستحقاق من شأنه أن لا يقبل النقض ولا إعادة رفع القضية بين الخصوم متى صدر مستوفياً شروطه، فيظل المحكوم به حقاً للمحكوم له، وأما القضاء بالترك، فللمدعي معاودة رفع القضية، ومتى أثبت البينة على أحقيته بالمدعى حكم له به.

وثمة وجه آخر من الفرق: وهو أن لشخص آخر غير المدعي ادعاء ملكية المحكوم به، وتسمع دعواه في حال الحكم بالترك، ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يدع تلقي الملك من جهة المقضي له، فحينئذ

---

(١) درر الحكام ٤/٥٧٣-٥٧٤.

(٢) المرجع السابق.

تسمع، وهذا كما لو ادعى زيد مالاً في يد عمرو وحكم له به، فليس لشخص آخر ادعاء كون المحكوم به مالَه، ولا تسمع دعواه بذلك إلا أن يدعي أنه اشتراه منه، وهذا مرجعه إلى أن الحكم بالاستحقاق آكد وأقوى من الحكم بالترك [١].

٧- الحكم بالصحة:

والمراد به: الحكم بصحة التصرف في المحكوم فيه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية، وقد عرف بأنه: " إظهار قضاء من له ذلك بنحو حكمت في أمر قابل للقضاء به ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر شرعاً" [٢].

وهذا النوع من الأحكام يرد على سائر التصرفات عقوداً كانت أو غيرها، ويعتبر أعلى درجات الحكم؛ لاستكماله الشروط المعتبرة في صحة حكم الحاكم، - وهي ثبوت ملك المالك، وحيازته لموضوع الدعوى، وكونه أهلاً للتصرف - [٣].

٨- الحكم بالموجَب:

الموجب بفتح الجيم عبارة عن الأثر المترتب على الشيء، والمراد بالحكم بالموجب: "إظهار المتولي قضاءه بأمر ثبت عنده أو بالإلزام بما

---

(١) انظر: درر الحكام ٤/٥٧٥-٥٧٦.

(٢) تبصرة الحكام ١/٨٩، وانظر: فتاوى ابن حجر الهيتمي ٢/١٩٨.

(٣) تبصرة الحكام/١/٨٩-٩٠، مغني المحتاج٤/٣٩٤، كشاف القناع٦/٣٢٣.

يترتب على ذلك الأمر منه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً" [١].

وحاصل هذا التعريف: الحكم بصحة الآثار المترتبة على تصرف المدعي، وحتى لو كان هذا الحكم مختلفاً فيه فإن حكم القاضي فيه يرفع الخلاف [٢].

ويشترط في الحكم بالموجب ما يشترط في الحكم بالصحة إلا ثبوت الملك للمدعي، فلا يشترط؛ لأنه قد يتعسر ثبوته، لكن متى ثبت عند القاضي عدم ملك المدعي للعين المتنازع عليها وجب نقض حكمه [٣].

وتظهر ثمرة التمييز بين النوعين في المسائل المختلف فيها، فمثلاً لو وقف شخص على نفسه، وحكم بموجبه حاكم كان حكماً منه بأن الواقف من أهل التصرف، وصيغة وقفه على نفسه صحيحة، حتى لا يحكم ببطلانها من يرى الإبطال، وليس حكماً بصحة وقفه؛ لتوقفه على كونه مالكاً لما وقفه حين وقفه، ولم يثبت ذلك [٤].

---

(١) فتاوى ابن حجر الهيتمي ٢/١٩٨-١٩٩، وانظر: الفواكه البدرية ص ٣١.

(٢) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٩٠-٩١، مغني المحتاج ٤/٣٩٥، كشاف القناع ٦/٣٢٤.

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٩٠-٩١.

(٤) مغني المحتاج ٤/٣٩٥، وقد وضع الفقهاء فروقاً أخرى كثيرة بين النوعين انظرها في: تبصرة الحكام ٩١/١، فتاوى ابن حجر الهيتمي ٢/٢٠٠، نهاية المحتاج ٥/٤١٩، كشاف القناع ٦/٤٢٣.

والحكم بالموجب موضع اتفاق بين جمهور أهل العلم[١]، و لم يخالف في صحته إلا الأحناف، فلم يجوزوه إلا إذا كان من مقتضيات التصرف، فإن لم يكن من مقتضياته لم يصح الحكم به إلا أن يقع فيه نزاع أو ترافع، وعللوا ذلك: بأن الموجب إذا كان من مقتضيات التصرف فالحكم به حكم بالصحة ؛ لكون هذه الأشياء لازمة للتصرف لا تنفك عنه، وبيان ذلك بعقد البيع مثلاً، فمقتضاه خروج المبيع من ملك البائع، وانتقاله إلى المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والمثمن، فإن هذه وإن كانت من موجباته، لكنها مقتضيات لازمة له، فيكون الحكم به حكماً بها، بخلاف ثبوت الشفعة فيه، للخليط أو للجار مثلاً فإن العقد لا يقتضي ذلك، أي لا يستلزمه، فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة، فهذا يسمى موجب البيع، ولا يسمى مقتضى، فلا يصح الحكم به [٢].

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/ ٩٠-٩١، مغني المحتاج ٤/٣٩٥-٣٩٧، كشاف القناع ٦/٣٢٤.

(٢) انظر: الفواكه البدرية ص: ٣١-٤٢، حاشية ابن عابدين ٥/٣٩٨.

المطلب الثاني
طبيعة الحكم القضائي

الحكم القضائي يفترض فيه أنه: حكم الله الذي أنزله، ودينه الذي شرعه، والقاضي كاشف عن هذا الحكم، ومخبر به، وقد استفاد سلطة الإلزام بتخويل من الشرع نفسه، ومن هنا كان "حكمه بمثابة النص، حتى يقدم على العموم، وتغير به الفتوى" [١]، ومن ثم فليست أقضيته - على هذا الفرض- أحكاماً إنشائية، ولا سلطته ضرباً من الغلبة القهرية.

والحديث عن القضاء الشرعي هو حديث عن جزء لا يتجزأ من شريعة الإسلام ودين الله الخالد، وهذا يعني أنه حكم رباني له خصائص الدين ومميزاته التي تضفي عليه طابع المهابة والإجلال كما هو الشأن في بقية شرائع الإسلام وأحكامه، ولذلك كان القضاء عبر تاريخ الإسلام رمز العدالة الربانية، ومضرب المثل في إحقاق الحق وإبطال الباطل.

ولا يمتري منصف في أنه ليس على وجه الأرض قانون أعدل ولا أحكم ولا أقوم بالسياسة من القانون الشرعي الرباني، فهو الذي يميز حق التمييز بين ما هو عدل يُطلب تحصيله، وبين ما هو ظلم وفساد يطلب درؤه وتقليله، فلا تجد عدالة تلائم الفطرة السليمة مثل عدالة هذا القانون، وهذه الصفة بمفهومها الواسع تلازمه ما دام يستمد أحكامه من الكتاب

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٢١/١٠-١٢٢، ١٤٥-١٤٦.

والسنة والقياس الصحيح، وكان مع ذلك نزيهاً من الهوى وحظوظ النفس كما قال الله تعالى لنبيه داوود عليه السلام: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴾ (١).

وقوله لنبيه محمد ﷺ: ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ (٢).

فهذا هو القضاء المأمور به شرعاً، ومتى صدر على هذا النحو فإنه يكتسي من الصفات ما يجعله مميزاً عن بقية شرائع الدين وأحكامه، وتلك الصفات هي التي يعبر عنها بطبيعة الحكم القضائي، ويمكن استجلاؤها في الأمور التالية:

١- إذا صدر الحكم القضائي وجب تنفيذه، وصار حقاً للمحكوم له، وحجة على المحكوم عليه، فللمحكوم له المطالبة بتنفيذ هذا الحكم واستيفاء حقه، دون أن يكون لأحد الحق في مقاطعته ومنعه من ذلك؛ إذ إن حكم القاضي كشف عن الحق الثابت له شرعاً، وعلى من توجه ضده الحكم - وهو المحكوم عليه- الإذعان لأمر القاضي وحكمه، "ومن عصى قاضياً أو حكماً من الحكام فيما أمر به من الحق، أو حكم فيه بوجه

(١) سورة ص، آية: ٢٦.

(٢) سورة المائدة، آية: ٤٨.

العدل فقد عصى الله ورسوله، وتعدى حدوده" [١].

قال الله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [٢].

وبتنفيذ الحكم القضائي يتحقق موجب القضاء والغاية من وضعه، وهي فصل الخصومة وإنهاء النزاع، ثم لا يجوز طرح القضية أمام القضاء مرة ثانية؛ إذ لا فائدة في إعادتها [٣].

٢- حكم القاضي حجة قاصرة، بمعنى: أنه لا يتعدى أطراف النزاع، ولا يشمل مثيلات الواقعة المحكوم فيها، بل يقتصر عليها فقط، وهذا أصل متفق عليه في الجملة، وهناك مسائل خرجت عن هذا الأصل تعتبر كالمستثنى من القاعدة، وهي محل أخذ ورد بين الفقهاء [٤].

ودليل هذا: أن عمر ﷺ لما قضى في المشرَّكة [٥] بخلاف قضائه

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/٢٦.

(٢) سورة النساء، آية: ٦٥.

(٣) انظر: نظام القضاء لزيدان ص: ٢٦١، نظرية الدعوى ص: ٤١٤-٤١٥.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم بشرح الحموي ٢/٣١٨-٣١٩، مواهب الجليل ٦/١٣٩، درر الحكام ٤/٥٢٢، إعلام الموقعين ١/٣٩، نظرية الحكم القضائي ص: ٥٤٣.

(٥) المشركة: هي "كل مسألة اجتمع فيها زوج، وأم أو جدة، واثنان فصاعداً من ولد الأم، وعصبة من ولد الأبوين، وإنما سميت المشركة؛ لأن بعض أهل العلم =

الأول سئل عن ذلك، فقال: "تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما نقضي اليوم" [١].

والذي يحقق هذه الصفة: أن الوقائع القضائية وإن كانت متحدة في الظاهر إلا أنها تحتف بها أمور وملابسات تستدعي من الاجتهاد ما يوجب نوعاً من التغاير بينها، ومن ثم تختلف أحكامها القضائية، فلا يمكن طرد الحكم في جميع الوقائع.

٣- صدور الحكم القضائي لا يعني إباحة الحق المحكوم به لمن توجهت له الدعوى؛ لأن القاضي إنما هو مخبر عن الحكم بحسب الأمارات وشواهد الحال، وليس منشئاً له؛ فمتى تبين له الخطأ في حكمه وجب عليه أو على من خلَفه نقضه، يستوي في ذلك أن يكون الحكم في العقود والفسوخ أو في الأموال، وحتى لو لم ينقض فإنه لا يغير الحكم الذي في الباطن، بل هو على المكلف على ما كان قبل القضاء، وإنما القضاء إظهار للحكم لا اختراع له [٢]، وهذا معنى قول

= شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم، فقسمه بينهم بالسوية". المغني ٦/ ١٧٢.

(١) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف١٠/٢٤٩) والدارمي في (سننه١/١٦٢) والدار قطني في (سننه ٤/٨٨) والبيهقي في (السنن ٦/٢٥٥) وهو حسن بشواهده. انظر: (التلخيص الحبير ٣/٨٦) .

(٢) انظر: الذخيرة ١٠/١٤٤-١٤٥.

الفقهاء: "حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته" [١].

وهي قاعدة فقهية عمل بمقتضاها جمهور أهل العلم[٢]؛ لقوله ﷺ: "إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار" [٣].

وفي هذه القاعدة خلاف لبعض الحنفية، ولهم فيها تفصيل يطول ذكره، وسيأتي بحثها مفصلاً في موضعه بحول الله، وإنما المقصود هنا: التنبيه على كليات هذا الحكم وخصائصه.

٤- من خصائص الحكم القضائي: الثبوت والدوام، بمعنى: أنه لا يقبل التغيير ولا النقض إلا في الحالات التي تستدعي ذلك، كما لو كان مخالفاً لنص مقطوع به، أو جرى على خلاف القواعد، أو نحو ذلك من الوجوه التي نص عليه الفقهاء - رحمهم الله - [٤].

---

(١) المغني ١٠/١٠٥.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ص ١٩٦، مغني المحتاج ٤/٣٧٩، المغني ١٠/١٠٥، إعلام الموقعين ٤/٣٧٢، فتح الباري ١٢/٣٤١.

(٣) أخرجه من حديث أم سلمة: البخاري في صحيحه: كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين (٢/٩٥٢ح٢٥٣٤) ومسلم واللفظ له: كتاب الحدود، باب القضاء باليمين والشاهد (٣/١٣٣٧ح ١٧١٢) .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٧/٢٤٣، الذخيرة ١٠/١٣٩، روضة الطالبين ١١/١٥٠، =

واللزوم صفة لصيقة بالقضاء؛ لأنه وضع للفصل، ولا يتم الفصل إلا بالإلزام، وهذا أصل جرى عليه الفقهاء من جميع المذاهب، وهو المراد بقولهم: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" (١)؛ وقد عللوا ذلك بأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم البتة، وفي ذلك من المشقة واضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم ما هو خلاف المصلحة التي لأجلها نصبت ولاية القضاء (٢).

ويتعلق بهذا الموضع تفصيل ذكره الفقهاء أجمله فيما يلي:

أولاً: ما ذكر من وصف الثبوت والدوام لحكم القاضي يشمل ما إذا كان في أمر مقطوع بحكمه، أو كان في أمر اجتهادي، ويتفرع على هذا الأصل أمران:

أحدهما: عدم جواز نقض الأحكام المبرمة التي صدرت على وجه صحيح، سواء كان النقض ممن أصدرها أو من غيره من القضاة.

الثاني: لا يجوز لمن ولي القضاء أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه حتى لو كانوا من قضاة البغي الذين خرجوا على السلطان ما لم يتبين الخطأ في حكمهم، وفي هذا يقول ابن قدامة -رحمه الله-: "وليس على القاضي تتبع قضايا من قبله؛ لأن الظاهر أنه لا يولى للقضاء إلا من

= المغني ١٠/١٠٣، إعلام الموقعين ٣/٢٢٨، ٢٨٤.

(١) انظر المراجع السابقة، وسيأتي بحث هذه القاعدة مفصلاً بحول الله.

(٢) انظر: الإحكام للآمدي ٤/٢٠٩، مغني المحتاج ٤/٣٩٧.

يصلح، والظاهر إصابته الحق" [١].

وهذا في الجملة محل وفاق بين الفقهاء على خلاف بينهم في تمييز ما يجوز نقضه من الأحكام الاجتهادية مما لا يجوز [٢].

ولبعض الحنفية والمالكية خلاف في إقرار أحكام قضاة البُغـاة [٣]، وهو قول مرجوح عندهم، والجمهور على أنه لا ينقض من حكمهم إلا ما ينقض من حكم غيرهم [٤].

ثانياً: من مقتضيات لزوم الحكم القضائي أنه يرفع الخلاف، بمعنى: أنه لا يجوز لقاض نقض الحكم فيما اختُلف فيه، كما أنه ليس للمفتي

---

(١) المغني ١٠/١٠٤، وانظر: الأم ٦/٢٠٤، الكافي لابن عبد البر ١/٥٠٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع٧/ ١٤-١٥، تبصرة الحكام ١/٦٤، أدب القاضي للماوردي ١/٦٩٠، روضة الطالبين ١١/١٢٩، بحر المذهب ١١/٢٧٠، الإنصاف ١١/٢٢٣.

(٣) البغي في اللغة: مصدر بغى يبغي، بمعنى: ظلم واعتدى، أو عدل عن الحق واستطال، فهو باغ والجمع بغاة. لسان العرب ١٤/٧٨، المصباح ١/ ٥٧.

والبغاة في اصطلاح الفقهاء: هم الخارجون على الإمام ولو غير عدل بتأويل سائغ، ولهم شوكة ولو لم يكن فيهم مطاع، سموا بغاة لعدولهم عن الحق وما عليه أئمة المسلمين. البحر الرائق ٥/١٥١، شرح منتهى الإرادات ٣/٣٨٧.

(٤) انظر في ذلك: بدائع الصنائع ٢/١٤٢ البحر الرائق ٦/٢٩٩، الكافي لابن عبد البر ١/٢٢، التاج والإكليل ٦/١٧٩، روضة الطالبين ١٠/٥٣، كشاف القناع ٦/١٦٦.

أن يبطل حكم القاضي في خصوص الحادثة، وله أن يفتي بغيره في غير تلك الحادثة، وهذا أصل متفق عليه بين الفقهاء، بل قال القرافي: "إن الخلاف فيه متعذر" [١]، وعَلل ذلك: بأن حكم الحاكم نص من الله تعالى على لسان الحاكم، فإذا اختلف حاكمان في حكم ما تعين المحكوم به الذي هو مورد النص، بمنزلة ما لو تعارض نص وعموم فإنه يقدم الخاص في صورة وروده، ويبقي العموم معمولاً به في غير تلك الصورة التي اتصل بها الحكم [٢].

ومحل رفع الحكم للخلاف هو ما إذا صدر صحيحاً مستوفياً لشروطه، وقيد ذلك بعضهم بما لا ينقض فيه حكم الحاكم [٣].

وعلى هذا: فلو أن الحكم لم يصادف سببه الشرعي لم يغير الفتوى، وذلك كالحكم بالطلاق على من لم يطلق إما لخطأ البينة أو لتعمدها الزور، وكذا لو صدر على خلاف القواعد، مثل توريث العمة، والحكم بشهادة النصارى ونحو ذلك [٤].

---

(١) الذخيرة ١٤٦/١٠، وانظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٩٢/٤، حاشية ابن عابدين ٤١٢/٣، حاشية الدسوقي ٢٥٨/٢، المنثور في القواعد ٦٩/٢، الفروع لابن مفلح ٣٩٧/٦.

(٢) الذخيرة ١٢١/١٠-١٢٢، ١٤٥- ١٤٦.

(٣) المنثور في القواعد ٦٩/٢.

(٤) الذخيرة ١٢١/١٠.

وبالتأمل في هذا الأثر يتضح لك جلياً مدى حرص الشريعة على ثبات منظومة الأحكام القضائية ولزومها حتى يطمئن أصحاب الحقوق على حقوقهم، ولا يفقدَ القضاة الثقة في أحكامهم، وهذا من تمام العدل الذي به قامت السماوات والأرض، وهو معلم على قوة الشريعة ورحمتها بالقضاة وأصحاب الحقوق، فأين مراعاة مثل هذا في أوضاع الناس وقوانينهم ؟ ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ [1] .



---

(١) سورة المائدة، آية: ٥٠.

المبحث الثالث

تقنين الأحكام القضائية والإلزام بها

المطلب الأول

تعريف التقنين

التقنين في اللغة: مصدر قنَّن، بمعنى وضع القوانين، وهي كلمة معرَّبة تعني مقياس كل شيء وطريقه وأصله [١].

والقانون في الاصطلاح: يراد به معنيان:

أحدهما: المعنى العام: وقد عرف بأنه: "أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه، كقول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور" [٢].

والثاني: المعنى الخاص: وهو المراد في هذا السياق، وقد عرف بأنه: "صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس بعبارات آمرة يميز بينها بأرقام متسلسلة، ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيدة عن التكرار والتضارب" [٣].

---

(١) انظر: المحكم ١٣٦/٦، لسان العرب ٣٤٩/١٣-٣٥٠.

(٢) التعريفات للجرجاني ص: ٢١٩.

(٣) مسيرة الفقه الإسلامي ص: ٤٣٧، وانظر: المدخل الفقهي العام ٣١٣/١.

عناصر التعريف:

اشتمل هذا التعريف على خمسة عناصر هي بمثابة الأركان، والشـــروط، والمميزات للقانون.

١- الصياغة: وهي ميزة التقنين عن الفقه الشرعي المدون.

٢- الترتيب والترقيم: وهي ميزة أخرى من شأنها أن تسهل الرجوع إلى مواطن الأحكام المتعلقة بتصرفات المكلفين.

٣- الأمر على جهة الجزم واللزوم: وهـــو مـــن طبيعـــة القـــانون القضائي.

٤- كونه لم يترك لاختيار الناس:، وهذا من مقتضيات كون الحكم ملزماً.

٥- "ذات الموضوع الواحد" ؛لأن القوانين عادة تفصل بـــين كـــل موضوع وآخر [١].

والحاصل من هذا التعريف: أن القانون يقوم على عنصرين أساسيين:

أحدهما: صياغة الحكم القانوني في عبارة موجزة.

والآخر: إلزام القاضي الخصوم بهذا الحكم ولو خالف رأيه [٢].

---

(١) مسيرة الفقه الإسلامي ص: ٤٣٧.

(٢) انظر: تقنين الفقه الإسلامي ص: ٣٥.

المطلب الثاني
حكم تقنين الأحكام القضائية والإلزام بها

تمهيد:

لم يكن موضوع تقنين الأحكام الشرعية محل اهتمام عند علماء المسلمين الأوائل على غرار ما هو موجود عند المحدثين؛ وذلك بسبب توافر المجتهدين، وسهولة أمور الناس بالمقارنة مع الأزمان التالية، ووجود الورع والتدين في القضاة بحيث تنتفي عنهم تهمة التلاعب بالأحكام الشرعية، والحكم بالهوى وحظوظ النفس.

وظل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية حتى أواخر عهد الدولة العثمانية (١٨٣٩م/ ١٢٥٥هـ) عندما سادت العالم الإسلامي موجة التغريب التي شملت القوانين القضائية، فأدرك المفكرون والفقهاء خطر هذه الموجة، فهبوا لمقاومتها من خلال تدوين الراجح من الفقه الحنفي بطريقة حديثة تزاحم القوانين الوافدة ، وترعى مصالح المجتمع الحديثة، دون إخلال بأصول الشرع ومبادئه المتينة، في مدونة سميت بمجلة الأحكام العدلية التي بلغت موادها المقننة (١٨٥١) مادة، واستغرق هذا العمل بضع سنين ليعلن رسمياً سنة (١٨٧٦م/ ١٢٩٣هـ) تطبيقه في المحاكم [(١)] .

---

(١) انظر: فلسفة التشريع ص: ٦٣-٦٩، المدخل لدراسة الشريعة لعبد الكريم زيدان ص ١٥٨، الإصلاح التشريعي لعبد العزيز القاسم مجلة البيان ع ١٦٢/ ١٤٢٢هـ.

وكان هذا الرأي صيحة نادى بها علماء المسلمين في شتى بقاع العالم الإسلامي وقوفاً في وجه التغريب، وأصدرت مجموعة من الدول العربية تقنينات شرعية في مجال الأحوال الشخصية، مثل مصر والمغرب وتونس والعراق وغيرها، ومن هنا ظهرت مسألة التقنين [١].

وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم تقنين الأحكام الفقهية والإلزام بها، وانقسموا إلى مذهبين:

المذهب الأول: عدم جواز تقنين الأحكام الفقهية والإلزام بها، وهذا مذهب كثير من المعاصرين، ومنهم:

١- العلامة محمد الأمين الشنقيطي - رحمه الله - [٢].

٢- عبد الله بن عبد الرحمن البسام -رحمه الله- وألف في ذلك رسالة سماها: " تقنين الشريعة أضراره ومفاسده" [٣].

٣- هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية التي أصدرت قراراً بتاريخ ١٣٩٣/١/١٣هـ يقضي بالمنع من تقنين الأحكام الشرعية والحكم بها، وهو الذي استقر عليه العمل في هذه الدولة [٤].

---

(١) انظر مع المراجع المتقدمة: المدخل لدراسة الشريعة، لعبد الكريم زيدان ص: ١٥٣.

(٢) انظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد ٤٣/١.

(٣) انظر مع هذا الكتاب: فقه النوازل ٢٣/١.

(٤) انظر: مجلة البحوث العلمية ع ٣١ ص ٦٥، فقه النوازل لبكر أبي زيد ٢٣/١.

المذهب الثاني: جواز تقنين الأحكام الفقهية وإلزام الناس بها، وهذا قول جمهور المعاصرين، وعليه العمل في غالبية الدول الإسلامية [١].

ومن أبرز من دعا إليه:

١- محمد عبده [٢].

٢- محمد رشيد رضا [٣].

٣- وهبة الزحيلي [٤].

٤- مصطفى أحمد الزرقا [٥].

٥- فريق من أعضاء هيئة كبار العلماء، منهم: الشيخ: عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم، والشيخ: صالح بن غصون، والشيخ عبد الله خياط، والشيخ عبد الله بن منيع، والشيخ راشد بن خنين، وغيرهم [٦].

أدلة المانعين :

١- أن تقنين هذه الأحكام يضفي عليها طابع البشرية، ومن ثم فإن نسبتها إلى الله لا تصح، والمطلوب العمل بشرع الله وحكمه.

---

(١) تقنين الفقه الإسلامي ص: ٥٦ نظرية الحكم القضائي ص: ٢٨٣، ٢٩١

(٢) انظر: مجلة المنار ع ٤ ج ١٦/٢٧٠.

(٣) انظر: فتاوى محمد رشيد رضا ١٦٨/١.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ٧٤٧/٦.

(٥) المدخل الفقهي العام ٢٦٨/١.

(٦) انظر: مجلة البحوث، العدد ٣٣، ص: ٢٩- ٥٢، وما بعدها.

٢- أن الحق لا ينحصر في مذهب واحد أو قانون واحد، بل حيث انقدح في نفس المجتهد الصواب في حكم معين بعد استفراغ الجهد في طلبه والبحث عنه فهو الحق الذي لا يجوز له العدول عنه إلى قانون مسطر أو مذهب معين؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ (١).

٣- أن التدوين فيه حجر على اجتهاد القضاة، وهذا يؤدي بهم إلى التواكل وتعقيد المعاملات التي قد لا يعتقدون صحة ما يحكمون به فيها، أو فتح الباب أمامهم للتحايل على هذه الأحكام والحكم بغيرها.

٤- أن العمل بالتقنين مبتدع؛ فإن السلف رضوان الله عليهم ما فعلوه ولا تحاكموا إليه، وإنما كان الحكم بينهم بالاجتهاد، ولذلك جعلوه شرطاً في القاضي (٢).

٥- أن التقنين يجرئ المحامين على القضاة؛ فإنه متى ما أصدر القاضي حكماً مخالفاً للمادة المسطرة بناء على اجتهاد بخصوص تلك الحادثة، وقف المحامون بالمرصاد في وجه تنفيذ الحكم بناء على مخالفة القانون،

---

(١) سورة النساء آية: ٥٩

(٢) انظر هذه الأدلة في مجلة البحوث العلمية ع ٣١ ص:٦١ و ع ٣٢ ص ٣٧، ٣٨، المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه ص: ٤٣٦-٤٥١، فقه النوازل لبكر أبو زيد ٥٥/١، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر ص: ٤٤٢-٤٤٤ نظرية الحكم القضائي ص: ٢٩٦.

فتتعطل الأحكام، أو يصبح القاضي مضطراً إلى إلغاء الاجتهاد في الحوادث القضائية رأساً [١].

أدلة المجيزين:

١- المصلحة الظاهرة في تقنين الأحكام الفقهية والإلزام بها، وتتمثل في أمور، منها :

أ- التيسير على القضاة والمترافعين بمعرفة الحكم الشرعي بخصوص الواقعة القضائية.

ب- طمأنينة المتقاضين، وحماية القاضي من قالة السوء والساعين للحط من رتبته وتشويه سمعته.

ج- توحيد الأحكام في الدولة ببيان الراجح منها وإلغاء الضعيف، وبذلك تدرأ مفاسد الخلاف .

٢- أن القضاة ملزمون بطاعة ولاة أمر المسلمين، فمتى ألزموا بالحكم بقانون معين وجب الحكم به ما لم يكن مخالفاً للشرع؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ [٢].

وقد فوض الله عز وجل الأمر فيما يحتاج الناس إليه من أمور الدنيا السياسية والقضائية والإدارية إلى أهل الرأي والمعرفة بالمصالح من الأمة

(١) انظر: نظرية الإسلام وهديه للمودودي ص: ٢٤٤.

(٢) سورة النساء، آية: ٥٩.

كما في قوله جل شأنه: ﴿وَأَمۡرُهُمۡ شُورَىٰ بَيۡنَهُمۡ﴾ (١)، وقوله تعالى: ﴿وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡ﴾ (٢).

٣- حاجة المستجدات إلى حكم شرعي يتم بالنص عليها في التقنين، وتركها لاجتهاد القضاة ينافي الحكمة؛ لكثرة شواغلهم، وعدم تفرغهم للبحث والاستقصاء، على أن تفويض هذه الأمور لاجتهاد القضاة من شأنه أن يحدث الفوضى والاختلاف في القضية الواحدة، كما هو مشاهد في الواقع الماثل.

٤- أن تفويض الحكم لاجتهاد القاضي يتنافى مع مبدأ علنية الشرائع الذي يوجب أن يكون المكلف في كل مجتمع نظامي على علم مسبق بمصير أعماله وتصرفاته داخل المحاكم، وإلا كان القضاء فوضى، والمكلف إذا كان طرفاً في الدعوى فإنه يظل محتاراً في مصيره ما دام القاضي سيحكم باجتهاده واختياره، وليس بحكم معلن معروف (٣).

---

(١) سورة الشورى، آية: ٣٨.

(٢) سورة النساء، آية: ٨٣.

(٣) انظر هذه الأدلة في: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر ص: ٤٣٩، ٤٤٥ المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه ص: ٤١٩، ٤٤٦، نظرية الحكم القضائي، أبو البصل ص: ٢٩٣- ٢٩٦.

الموازنة والترجيح:

الذي يبدو لي رجحانه - والله أعلم -: أن تقنين الأحكام الشرعية والإلزام بها أمر لا مناص منه في هذا الزمن، وذلك للأسباب التالية:

١- أن التقنين فيه مصالح كثيرة في المجال القضائي وحياة الناس، وقد تقدم إيراد بعضها.

٢- إذا كان المحذور من التقنين هو الحجر على اجتهادي القاضي- وهو لا محيد عنه في الحكم- فإن هذا المحذور ينتفي بمعرفة أحوال غالبية القضاة في هذا الزمن، وما هم عليه من قلة العلم والورع، وافتقارهم إلى كثير من شروط الاجتهاد ومؤهلاته، حاشا النزر اليسير منهم، وسل هذه البلاد الإسلامية على طولها وعرضها تنبئك عن أحوال القضاة والقضايا، ولا أدل على صدق الخبر من المعاينة.

٣- أن التقنين غير مانع من اجتهاد القاضي في الواقعة المعروضة أمامه- على فرض وجود قاض مجتهد-، وهذا نجده بكثرة في أحكام القضاة ممن يحكمون بالقانون؛ وذلك أن القانون يصاغ على شكل قواعد فقهية يندرج تحتها ما لا يحصى من الفروع، وقد يستثنى منها ما يقوم به مانع من اندراجه تحتها، وهذا هو محل اجتهاد القاضي، وهو الذي يسميه الأصوليون بتحقيق المناط [1].

---

(١) المناط لغة: مأخوذ من ناط الشيءَ بغيره نوطاً إذا علقه به، وموضع العلوق هو المناط. =

ومعناه: أن يثبت الحكم بدليله الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله من الجزئيات والحوادث الخارجية، وهذا النمط من الاجتهاد لا خلاف بين الأمة في قبوله، وقال عنه الإمام الشاطبي: "لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة... فلا بد من هذا الاجتهاد في كل زمان؛ إذ لا يمكن حصول التكليف إلا به، فلو فرض التكليف مع إمكان ارتفاع هذا الاجتهاد لكان تكليفاً بالمحال، وهو غير ممكن شرعاً وعقلاً" (١).

فالحاصل أنه لا بد للقاضي من الدربة بهذا النوع من الاجتهاد؛ حتى يعلم متى يشمل القانون الحالة المعروضة أمامه فيعطيها حكمه، ومتى لا يشملها فيبحث لها عن حكم آخر؛ فإنه قد يقوم بمن توجه الحكم له أو عليه - في ظاهر الأمر- مانع من لحوق الحكم المسطر به، فيستثنى على غرار ما يفعله المفتي بالحالات الشاذة والمستثناة من القاعدة المطردة لأمور اعتبارية، فما قرر هناك يقرر هنا؛ إذ لا فرق.

= وتحقيق المناط في الاصطلاح: استخراج الوصف الذي ثبتت عليته في موضع النزاع، وقد يطلق بمعنى إلحاق الفرع بالقاعدة الكلية، أو بمعنى تنزيل الحكم على الحادثة القضائية. انظر: لسان العرب ٤١٨/٧. الموافقات ١٢/٥، الإحكام للآمدي ٣/ ٣٣٥، روضة الناظر ص: ٢٧٧، البحر المحيط ٢٥٦/٦، شرح مختصر الروضة ٢٣٣/٣-٢٣٥.

(١) الموافقات ١١/٥، ١٨.

ومن هنا تعلم أن القول بانتفاء الاجتهاد بالتقنين غير محرر، وهذا في المواد المسطرة ظاهر كما سلف، أما في النوازل والمستجدات فتقنين أحكامها غير ممكن؛ إذ الفرض أنها لم توجد بعد، وإلا فهي غير نازلة، والحكم فيها يتبين بالمشورة مع أهل العلم والفقه ممن هم أهل للاجتهاد، فآل الأمر إلى أن الاجتهاد لا بد منه للقاضي على كل حال.

وأما ما ورد بخصوص احتمال تسلط المحامين على أحكام القضاة الاجتهادية فهو شيء مقدر في الأذهان، ولا حقيقة له في واقع الشرع؛ فإن الشريعة تأبى أن يقف أحد في وجه القضاء ما دام صادراً باجتهاد موثوق به، وهذا من خصائص القضاء في الإسلام، فهو يَعتبر القضاء حصناً منيعاً لا يمكن أن يتعدى عليه أحد؛ لأنه مستمد من كتاب الله وسنة نبيه ﷺ والاجتهاد المبني على العلم والحكمة [١].

وقد استقر الأمر على هذا من لدن عهد الخليفة الراشد عمر ﷺ، فهو أول من رسم وكشف عن هذه الخاصية (استقلال القضاء) في القضاء

---

(١) وعلى هذا النحو نص نظام القضاء في المملكة العربية السعودية في مادته الأولى على أن "القضاة لا سلطان عليهم لغير الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد حق التدخل في القضاء" وللتأكيد على هذا المبدء وتحصينه من ذوي النفوذ والتأثير نص النظام في مادته (٥٣) على أن "تعيين القضاة وترقيتهم في درجات السلك القضائي يجب أن يكون بأمر ملكي". انظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية لآل دريب ص: ٣٣٥، ٣٤٧.

الإسلامي[1] ، كما يدلنا على ذلك إقراره لأقضية عماله الذين كانوا على الأمصار، وقوله: "إن الأمر إذا آل إلى الرأي فالرأي مشترك" [2].

وجاء في رسالته إلى القاضي شريح الكندي [3]: "ما في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ فاقض به، فإذا أتاك ما ليس فيهما و لم يقض به النبي ﷺ فما قضى به أئمة العدل، وإلا فأنت بالخيار إن شئت أن تجتهد رأيك وإن شئت أن تؤامرني، ولا أرى في مؤامرتك إلا خيراً، والسلام" [4].

فهذا معلم واضح على استقلال القضاة في أحكامهم استقلالاً تاماً، فليس من شأن المحامي الطعن في الأحكام الصحيحة، إنما فرضه النيابة عن الخصوم في الدفوع، والمطالبة بالحق لا غير، وعليه أن يركز جهوده ونشاطه على هدف واحد، وهو القيام بنصرة الحق، وتوضيح الحقائق، والكشف

---

(١) انظر: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي ١٨٧/٢، نظام القضاء لزيدان ص: ٧١-٧٦، السياسة القضائية في عهد عمر ص: ١٨٥-١٨٩.

(٢) أورده ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٨٥٤/١ .

(٣) شريح بن الحارث بن قيس الكندي أبو أمية الكوفي القاضي، اختلف في صحبته، والمشهور أنه كان في زمن النبي ﷺ و لم يره، وهو من كبار التابعين، ومن أبرز القضاة في صدر الإسلام، توفي رحمه الله بالكوفة سنة ٨٠ هـ . انظر ترجمته في: البداية والنهاية ٩/ ٢٢، سير أعلام النبلاء ١٠٠/٤.

(٤) أخرجه النسائي في (المجتبى ٢٣١/٨) وابن أبي شيبة في (المصنف ٥٤٣/٤) والبيهقي في (السنن ١١٥/١٠) وابن عبد البر في (الجامع ٨٤٦/٢-٨٤٧) وصححه محققه أبو الأشبال الزهيري.

عما خفي من مختلف تفصيلات القضية ومداخلاتها، دون أن يكون له الحق في معارضة القاضي في أحكامه، فإن ذلك خروج عن حده، هذا فرض المحامي في الإسلام، وأما القانون الوضعي فالشأن فيه مختلف[1].

ومن هنا تعلم أن هذه الشبهة لا تنتهض لمعارضة الحجج البينة والمصلحة الظاهرة في التقنين، وإنما منشأ هذه الشبهة مِن ظن أن نظام القضاء وصلاحيات المحامين في الإسلام يماثل النظام الوضعي المتعلق بالمحامين، والأمر ليس كذلك على ما علمت، والحكم الشرعي عندما يتعلق بمسألة ما فإنما يطبق بعد استيفاء الشروط وانتفاء الموانع، والفرض هنا وجود جهاز قضائي شرعي متكامل، فإن أحكام الدين متى ما جزئت ظهر فيها من الخلل والفساد ما يظن معه الظان أن شرع الله غير واف بمصالح الخلق، أو غير صالح لتطبيقه في هذا العصر، وعلى هذا الأصل الفاسد أقام المناهضون للشرع شبههم في إزاحة القضاء الشرعي من المحاكم.

٤- أن التقنين أمر جرى به العمل من قديم، وهو واقع مشاهد، فدول العالم الإسلامي بلا استثناء تصدر القوانين؛ لازدياد الحاجة إلى تنظيم كثير من المسائل الواقعة في المجتمع، وثمة دلائل على عراقة هذا العمل، منها:

١- وقع في زمن الرسالة ما هو شبيه بالقانون، وذلك عندما صدر دستور المدينة المنورة [2]، وهو عبارة عن وثيقة دون فيها رسول الله ﷺ

---

(١) انظر: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ص: ١٨٦.

(٢) أخرج طرفاً من هذه الوثيقة البيهقي في السنن ٨/ ١٠٦ وبعض بنودها محل =

حقوق المسلمين وغير المسلمين بالمدينة، ومضامين هذه الوثيقة تشبه إلى حد ما ما يسمى في عصرنا هذا بالقانون الدستوري.

٢- وثيقة زكاة الإبل والغنم [١]، وهي عبارة عن بيان لأنصبة الزكاة في الإبل والغنم، وصياغتها جاءت شبيهة بمواد قانونية، ولذلك أمكن اعتبارها نموذجاً للتقنين [٢].

٣- بمراجعة التاريخ نجد أن القضاء في آخر عهد الدولة العباسية بالمشرق كان على المذهب الحنفي، والأمر فيه بالمغرب والأندلس على المذهب المالكي، وفي مصر على المذهب الشافعي، وفي القرن السابع الهجري استحدث القضاء على المذاهب الأربعة المشهورة [٣].

وقد ذكر الفقهاء نصوصاً تدل على أن القضاء في زمنهم كان على مذهب معين، من ذلك: ما جاء في (الدر المختار): "لو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف؛ لكونه معزولاً عنه" [٤].

= أخذ ورد بين المحدثين. انظرها بتمامها والكلام عليها في السيرة النبوية لابن هشام ٣/٣١، البداية والنهاية ٣/٢٢٤ السيرة النبوية الصحيحة لأكرم ضياء العمري ١/٢٧٢-٢٩٨.

(١) صحيح البخاري: كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم (٢/٤٢٧ح ١٣٨٦).

(٢) انظر: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر ص: ٤٤٧.

(٣) انظر: صبح الأعشى ٤/٣٥-٣٧، تاريخ التشريع للخضري ص: ٢٨١-٢٨٣.

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٨.

وجاء في (تبصرة الحكام) نقلاً عن أبي الوليد الباجي[١]: "كان الولاة بقرطبة إذا ولوا رجلاً شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم[٢] ما وجده"[٣].

وإذا جاز القضاء بمذهب معين فأحرى أن يجوز بالقانون؛ لأنه عمل جماعي يستند إلى الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة وصحيح الاعتبار مع مراعاة الأعراف المتجددة، والنظر في مآلات الوقائع والأحكام وغير ذلك مما يختلف النظر فيه باختلاف الزمن والمكان والأحوال والأشخاص.

---

(١) سليمان بن خلف بن سعد الباجي القرطبي، فقيه حافظ من جلة مالكية الأندلس، ارتحل إلى المشرق، وقدم الأندلس بعلم غزير، من آثاره: (المنتقى شرح الموطأ)، (إحكام الفصول)، (التعديل والتجريح لمن خرج عنه البخاري في الصحيح). توفي سنة٤٩٤هـ. ترتيب المدارك ١١٧/٨، الديباج ص: ١٢٠.

(٢) عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة المصري، أبو عبد الله، تلميذ الإمام مالك، وأثبت الناس فيه، وأعلمهم بمذهبه، وإليه يعود الفضل في انتشار المذهب، قال عنه مالك رحمه الله : "هو كمثل جراب مملوء مسكاً"، وقال له يوماً: "اتق الله، وانشر هذا العلم في الناس"، وأجمع من ترجم له على إمامته وجلالة قدره، من آثاره: (المدونة) وهي أجوبته عن مسائل أوردها عليه سحنون. توفي سنة ١٩١هـ انظر ترجمته في: ترتيب المدارك ٢٤٤/٣، سير أعلام النبلاء ١٢٠/٩، الديباج المذهب ص ١٤٦.

(٣) تبصرة الحكام ٥٧/١، وانظر: الذخيرة للقرافي ١٢٦/١٠، فتاوى ابن حجر الهيتمي ٢١٢/٢.

وبالجملة: فالقانون متى صدر على وجه معتبر بحيث يجتمع عليه أهل الحل والرأي ممن لهم بصيرة بالدين ومعرفة بمقاصد الشريعة في القضاء فإنه يكون أقرب إلى الصواب من الحكم بمذهب معين؛ لأن المذهب ثابت مستقر، وكثير من أحكامه الاجتهادية جاءت نتيجة لمراعاة حال معينة، أو عرف خاص ولى زمنه، أو نحو ذلك من مغيرات الاجتهاد، أما القانون فهو ألصق ما يكون بالواقع، وأكثر ما يكون محققاً للعدل وموافقاً لمقاصد الشريعة في فض المنازعات وفصل الخصومات، وهذا جلي، ولا سبيل إلى إنكاره.

وأما القول بأن التقنين يزيل الوصف الشرعي عن الأحكام المقننة فغير مسلم، ولا يبدو لي معناه، فإن حكم القاضي متى كان صواباً أي موافقاً للشرع وأصوله كان هو حكم الله بعينه، وإنما التغيير فيه من جهة صياغته فقط، وذلك غير محذور، سيما إذا كان الذي تولى تقنينه من أهل العلم والدين، ومن قامت به الشروط والأوصاف التي مر ذكرها آنفاً، فإن مثل هذا يبعد أن يدخل في دين الله ما ليس منه، وإذا جاز هذا الفرض في الواحد فهو ممنوع في الجماعة من أهل الحل والرأي.

وأما إذا اجتهد القاضي فأخطأ سواء في الدليل الكلي أو في تنزيله على الواقعة أو قضى بغير ما هو راجح فإن حكمه حينئذ لا يضاف إلى الله سبحانه، وإنما يضاف إلى القاضي نفسه؛ ولا يلزم اعتقاده ديناً ولا عدم نقضه، بل يلزم نقضه عند الخطأ، ويبين ما هو مرجوح أنه خلاف الراجح.

وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "فالشرع الذي يجب على كل مسلم أن يتبعه، ويجب على ولاة الأمر نصره والجهاد عليه هو الكتاب والسنة، وأما حكم الحاكم فذاك يقال له قضاء القاضي، ليس هو الشرع الذي فرض الله على جميع الخلق طاعته، بل القاضي العالم العادل يصيب تارة ويخطئ تارة أخرى" [(١)].

٤- وفي الدولة العثمانية قننت أحكام المعاملات المالية في مجلة الأحكام العدلية، واستمر العمل بها نحواً من خمسة عقود، وقد كان لصدورها آثار محمودة في البلاد الإسلامية، جعلت منها دستوراً عدلياً نال إعجاب كثير من علماء المسلمين وغيرهم.

وبهذا الصدد يجدر بيان هذه الآثار ليتبين مدى الحاجة إلى تقنين هذه الأحكام:

١- تقديم بديل شرعي أدى إلى ضمان مرجعية الشريعة في النظام القانوني العثماني والبلاد التابعة له مدة طويلة في وجه التغريب ؛ فقد استمر تطبيقها حتى ألغيت سنة ١٩٢٦م في تركيا ضمن عمليات التغريب الشاملة الأتاتوركية، واستبدل بها قانون الديون السويسري.

٢- أما في العالم العربي فقد استمر تطبيقها إلى سنة ١٩٧٦م في الأردن ، ولا زال بعضها مطبقاً في لبنان وقبرص وبعض البلاد الأخرى، وأسهمت المجلة في حماية عدد من البلدان من هجمات التغريب القانوني

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٧٦/٣٥

حيث ورثت التشريعات العربية مكان المجلة بعد عودة روح الاستقلال والعودة للشريعة كما في الأردن و سوريا و العراق و الإمارات، وإن كانت العودة في مراحلها الأولية.

٣- إقامة الصلة الوثيقة بين المحاكم الحديثة والفقه الشرعي في المسائل المسكوت عنها في القوانين الحديثة وهي مسائل واسعة ، ويظهر ذلك من تقرير النظارة العدلية، وهو منشور بكامله في مقدمة درر الحكام للعلامة علي حيدر شارح المجلة.

٤- أن المجلة أوجدت فرصة عظيمة لإعادة تدوين مسائل الفقه الإسلامي المتناثرة في مراجع الفقه الحنفي في مرجع واحد سهل المأخذ ، منظم وفق الهيكل المعتاد في الدراسات القانونية الحديثة ؛ مما أقام الصلة بين خبراء القانون والفقه الحنفي، ويعرف هذا بمراجعة الدراسات القانونية المقارنة على امتداد أكثر من مائة عام.

٥- أن المجلة أصبحت هي اللبنة الأساسية التي أقيم عليها مشروعات القوانين المدنية في الدول الإسلامية بعد انفراج ضغوط الاستعمار وإن لم تبلغ تلك القوانين مستوى التحرر المطلوب، وكان للمجلة أثر ملموس في التعبئة المعنوية للأمة في مراحل الانبهار بالغرب الغازي.

٦ - أن المجلة كانت وسيلة فعالة لتخليص الفقهاء من الجمود المذهبي الذي كاد أن يؤدي إلى إحلال القوانين الغربية إحلالاً شاملاً، وخاصة مع ضيق الفقه الحنفي في أبواب المعاملات والشروط بوجه

خاص، وقد صدرت تعديلات للمجلة توسع مجال الأخـــذ بالشـــروط وبمذاهب أخرى إذا اقتضى الحال ذلك [١].

فهذه الأمور مجتمعةً تقوى على ترجيح القول بضرورة التقنين والحاجة الماسة إليه، سيما في هذا الزمن الذي كثرت فيه الفتن، وقل فيه العلم والورع، ولا يكاد يسلم فيه حكم قاض من النقد والرد...ولكن لا بد من التنبيه على وجوب اختيار الأكفاء من أهل العلم والخبرة لتقنين هذه الأحكام، ولا بد مع ذلك من وضع قانون يتعلق بإجراء التقاضي، يحدد مجال اجتهاد القاضي، وطريقته، وبذلك يظل باب الاجتهاد مفتوحاً في هذا المجال، ويسلم القضاء من الخطأ والجور، ويأمن الناس على حقوقهم، كما يطمئن القضاة على أحكامهم، والله تعالى أعلم وأحكم .



(١) انظر هذا التقرير عن المجلة في (الإصلاح التشريعي موجز تاريخي وخطوات عملية) لعبد العزيز القاسم. مقال ضمن مجلة البيان ع ١٦٢ صفر/ ١٤٢٦هـ.

الباب الأول

أثر اختلاف الفقهاء في الوقائع القضائية وطرق الإثبات وموقف القاضي منه

الفصل الأول:

موقف القاضي من البت في الوقائع المختلف فيها

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في الوقائع القضائية وطرق الإثبات

الفصل الأول

موقف القاضي من البت في الوقائع المختلف فيها

المبحث الأول: التعريف بالواقعة وأقسامها

المبحث الثاني: أهمية الواقعة القضائية وأنواعها

المبحث الثالث: اجتهاد القاضي في مسائل الخلاف

المبحث الرابع: مسالك الاجتهاد القضائي في مسائل الخلاف

المبحث الخامس: مراعاة العوامل المؤثرة في القضايا

المبحث السادس: القضاء بالمذهب المقلد وبخلاف مذهب الخصوم وبالقول المرجوح والرخصة الفقهية

المبحث الأول
التعريفُ بالواقعة وأنواعُها

المطلب الأول
التعريف بالواقعة في اللغة والاصطلاح

الواقِعة لغة: واحدة الوقائع، والفعل منها: وقع يقع، وهو دال بمادته على سقوط شيء على شيء [١]، يقال : وقع الشيء يقع وقعاً ووقوعاً إذا سقط، وقد يفسر بالنزول، كقوله تعالى عن قوم موسى عليه السلام: ﴿ وَلَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِمُ ٱلرِّجْزُ قَالُواْ يَٰمُوسَى ٱدْعُ لَنَا رَبَّكَ بِمَا عَهِدَ عِندَكَ لَئِن كَشَفْتَ عَنَّا ٱلرِّجْزَ لَنُؤْمِنَنَّ لَكَ وَلَنُرْسِلَنَّ مَعَكَ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴾ [٢].

وقد يطلق بمعنى الوجوب كقولهم: وقع القول والحكم إذا وجب، ومنه قوله تعالى :﴿ وَإِذَا وَقَعَ ٱلْقَوْلُ عَلَيْهِمْ أَخْرَجْنَا لَهُمْ دَآبَّةً مِّنَ ٱلْأَرْضِ تُكَلِّمُهُمْ ﴾ [٣]، أي: وجب القول عليهم على ما اختاره طائفة من المفسرين [٤].

والواقعة: اسم من أسماء يوم القيامة، وتطلق بمعنى الداهية والنازلة من

---

(١) مقاييس اللغة ٦/١٣٣-١٣٤ .

(٢) سورة الأعراف، آية:١٣٤، وانظر: الجامع لأحكام القرآن ٧/٢٣٧.

(٣) سورة النمل، آية: ٨٢.

(٤) انظر: المفردات في غريب القرآن ص: ٥٣٠، تفسير البغوي ٦/١٧٧، الجامع لأحكام القرآن ١٣/٢٣٤.

صروف الدهر، وصدمة الحرب مرة بعد مرة، وغير ذلك من المعاني.

والوقائع أيضاً: الأحوال والأحداث والأماكن التي يستنقع فيها الماء، والحرب والقتال [١].

والواقعة في الاصطلاح: "الأحوال والأحداث التي تستدعي حكماً شرعياً" [٢].

"فالأحوال" لفظ عام يشمل جميع ما يقع، سواء كان مكتسباً من فعل آدمي أو قوله، أم كان سماوياً لا دخل للعبد فيه، كالعمى والجنون والصغر، وسائر الآفات السماوية.

والمراد "بالحكم الشرعي": الأحكام التكليفية الخمسة: من الوجوب والتحريم والندب والكراهة والإباحة؛ إذ إن كل حادثة إلا ولله فيها حكم كما تقدم، فيُنظّر لها الفقيه، ويجيب فيها المفتي، وإن كانت مما يستوجب النزاع فصل فيها القاضي بحكم ملزم [٣].

وقد يطلق على الواقعة المعروضة أسماء أخر مثل: النازلة، والفتوى، والقضية المستجدة، وهي أسماء تدل على طبيعة هذه الواقعة وخصوصياتها [٤].

---

(١) انظر: الصحاح ١٣٠١/٣، المصباح المنير ٦٦٨/٢، القاموس المحيط ص: ٩٩٨.

(٢) توصيف الأقضية ١٢/٢-١٣.

(٣) توصيف الأقضية ١٢/٢-١٣.

(٤) انظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة ص: ٦٣-٦٤ .

المطلب الثاني
أقسام الوقائع

تصرفات المكلفين بشتى صورها وأنواعها تخضع للحكم الشرعي، فليس في الوجود تصرف أو فعل إلا وللشارع فيه حكم منصوص أو مستنبط، "فمن خاصية الشريعة العموم والاطراد، فلذلك جرت في أفعال المكلفين على الإطلاق وإن كانت آحادها الخاصة لا تتناهى، فلا عمل يفرض ولا حركة ولا سكون يُدَّعى إلا والشريعة عليه حاكمة إفراداً وتركيباً، وهو معنى كونها عامة" [(١)].

ثم هذا التصرف منه ما يخضع للحكم الشرعي الكلي مجرداً عن الفصل والقضاء، وهو ما عدا النزاعات والحقوق التي يجري فيها التشاح، والحكم على هذا التصرف من خاصية الفقيه والمفتي ، ومنه ما يخضع لهذا الحكم مع الفصل والقضاء، وذلك في النزاعات والحقوق خاصة، والنظر في هذا من خصائص القاضي أو الحاكم.

وعلى هذا فالوقائع التي تستدعي حكماً شرعياً لا تخلو من أقسام ثلاثة:

القسم الأول: الواقعة الفِقهية:

وهي: "الحالة التي تستدعي حكماً كلياً عاماً لا يخص واقعة بعينها"[(٢)].

---

(١) الموافقات ١/١٠٨-١٠٩.

(٢) توصيف الأقضية ٢/١٥، وانظر: فتاوى السبكي ٢/١٢٢-١٢٣.

فهي حادثة فقهية بمعنى: أنها لا تستدعي نظراً خاصاً، - وهو النظر القضائي أو الفتوي الذي من شأنه أن يعتبر عند الحكم الملابسات والظروف المحيطة بها -، وإنما هي أشبه ما تكون بالمثال الذي يفرض فيه الحكم العام والقاعدة المطردة، وذلك مثل ما يقرره الفقيه من أن أركان الدين واجبة، وخصال الخير مندوبة، ولا ضرر ولا ضرار، وكل مستخبث حرام، وما أشبه ذلك من قواعد الملة، ومن هنا: كان معرفة الفقه في نفسه أمراً كلياً؛ لأن صاحبه ينظر في أمور كلية مجردة عن محالها كما هو دأب الفقهاء المنظرين [1].

ومعرفة حكم هذا النوع من الحوادث لا يتطلب أكثر من معرفة دلائله من الكتاب والسنة والقياس وسائر أصول الشريعة المذكورة في مظانها، مع رجاحة في العقل، وحسن التدبر لعلل الأحكام ومقاصد الشرع المعتبرة.

القسم الثاني: الواقعة الفتَوية:

والمراد بها: الحادثة التي تنزل بالمكلف، وتستدعي حكماً شرعياً عاماً غير ملزم [2].

وبملاحظة هذا التعريف يظهر أن الواقعة الفتوية أخص من الواقعة الفقهية ؛ من جهة أنها تطبيق للحكم الكلي بخصوص هذه الحادثة،

---

(١) انظر: فتاوى السبكي ١٢٢/٢، البهجة شرح التحفة ٣٤/١ .

(٢) انظر: توصيف الأقضية ١٨/٢.

وبعبارة أخرى: "تنزيل الفقه الكلي على الموضع الجزئي" [١]، وهذا يستوجب أن يكون المفتي على قدر كبير من المعرفة بالأدلة وأسبابها، حتى يميز بين الحوادث المتشابهة في الصور المختلفة في الأحكام، فمرتبة التنزيل (تحقيق المناط) تحتاج إلى تبصر زائد على حفظ الفقه وأدلته [٢].

وهي مرتبة قريبة من القضاء لولا الخلاف الذي بينهما في الإلزام وطريقة استنباط الأحكام.

القسم الثالث: الواقِعة القضائية:

والمراد بها: "الحادثة التي يقع فيها التنازع لدى القاضي، وتستدعي فصلاً بحكم ملزم، أو بصلح عن تراض" [٣].

فهي حادثة مخصوصة بمجال معين، وهو مجال الحقوق المبنية على التشاح والنزاع الموجب للفصل القضائي، سواء كان بالحكم الملزم، أو بالصلح عن تراض بين أطراف النزاع.

وإنما اختص القضاء بالنظر في هذه الواقعة؛ لأنها تحتاج إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تبين أسبابها وتقدير أحوالها ومآلها، فكان لا بد فيها من حكم حاكم [٤].

---

(١) فتاوى السبكي ١٢٢/٢.

(٢) فتاوى السبكي ١٢٢/٢-١٢٣، إعلام الموقعين ٢٠٥/٤، مواهب الجليل ٨٧/٦.

(٣) انظر: توصيف الأقضية ١٩/٢.

(٤) انظر: تبصرة الحكام ٨٣/١.

وبالنظر في هذا التعريف يتجلى أن تصرف الإنسان بما يقتضي المشاحة قولاً كان أو فعلاً هو موضوع نظر القاضي حين الحكم، وهذا لا يتنافى مع ما صرح به بعض فقهاء المالكية من أن موضوع نظر القاضي هو الحق بجميع أنواعه [١]، (يعني حق الله أو حق العبد مفرداً كان أو مشتركاً) ؛ لأن الحقوق لا تحصل إلا بحصول موجباتها وأسبابها، وذلك هو تصرف المكلف قولا كان أو فعلاً، فمثلاً: لفظ: "بعتك" أو "وهبتك" أو "زوجتك" ونحوها من الألفاظ تقتضي صدور آثارها الشرعية عنها من تمليك أو هبة أو نكاح أو نحو ذلك، وقد يكون مقتضاها العقوبة الرادعة كما في ألفاظ الردة وقول الزور والقذف ونحوها، وكذلك يقال في الفعل، فإنه متى عري عن العوارض المؤثرة في الحكم ترتب عليه أثره المقرر في الشرع [٢].

فالحاصل: أن الوقائع والحوادث القولية أو الفعلية هي محل نظر القاضي، وأن الحقوق أو الأحكام المترتبة عليها هي فرع عن هذا النظر ونتيجة له؛ لكونها مسببات عنها، ولا مشاحة في الاصطلاح إذا فهم الغرض المعنى.

وبهذا الصدد يحسن التنبيه على مزايا هذه الواقعة عن نظيرتيها السابقتين: - الواقعة الفقهية والواقعة الفتوية -.

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٤٥، تبصرة الحكام ١/٧٣.

(٢) انظر: روضة القضاة للسمناني ١/٧٤-٤٨.

وبإعمال النظر يتجلى أن الواقعة القضائية أخص من قسيمتيها من وجهين:

الوجه الأول: أن الواقعة القضائية لا يفصل فيها إلا من استجمع شروطاً لازمة مثل الذكورة والحرية والعدالة وانتفاء التهمة وكونه حاضراً غير غائب وغير ذلك من الشروط التي نص عليه الفقهاء [(١)]، وهذا بخلاف الواقعة الفتوية، فقد قرر الفقهاء أن الفتوى تجوز من كل عالم بها من المسلمين عبداً كان أو حراً، ذكراً أو أنثى، حاضراً أو غائباً، ولا يراعى في ذلك التهمة كالقرابة والعداوة إلا الفسق [(٢)].

الوجه الثاني: أن كل ما يخضع للحكم والقضاء من هذه الوقائع يخضع للفتوى من غير عكس، فالعبادات كلها لا يدخلها الحكم إلا فيما يتعلق به مصلحة دنيوية، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، أو بأن الدين مانع من الزكاة أو نحو ذلك، وهذا بخلاف المفتي، فإن له أن يصدر الحكم في مسائل المنازعات كما يصدره في غيرها [(٣)].

---

(١) انظر: روضة القضاة ٥٢/١، أدب القاضي لابن القاص ٩٨/١، مجالس القضاة والحكام ١٢٢/١، كفاية الأخيار ص: ٥٤٩، المغني ٩٢/١٠.

(٢) انظر: أدب المفتي لابن الصلاح ص: ٨٦، إعلام الموقعين ٢٢٠/٤.

(٣) انظر: الفروق للقرافي ٩٤/٤ تبصرة الحكام ٨٧/١-٨٩ أصول الفتوى للحكمي ص: ١١ .

وما قيل في القضاء مع الفتوى من العموم والخصوص يقال فيه مع الفقه؛ لشدة التلازم بين الفقه والفتوى، "فالفقه عموم شريف نافع نفعاً كلياً، وهو قوام الدين والدنيا، والفتوى خصوص فيها ذلك، وتنزيل الكلي على الجزئي من غير إلزام، والحكم خصوص الخصوص، فيه ذلك، وزيادتان: إحداهما الحجج، والأخرى: الإلزام، فنظر القاضي أوسع من نظر المفتي، ونظر المفتي أوسع من نظر الفقيه، وإن كان نظر الفقيه أشرف وأعم نفعا" [(١)].



(١) فتاوى السبكي ٢/١٢٢-١٢٣.

المبحث الثاني
أهمية الواقعة القضائية وأنواعها
المطلب الأول
أهمية الواقعة القضائية

تتجلى أهمية الواقعة القضائية في أنها مجال لتطبيق الحكم الشرعي القضائي، فالنظر فيها بمنزلة تحقيق المناط الذي يعتمده المجتهد لمعرفة حكم الله في الحادثة المعروضة أمامه، وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا النوع من الاجتهاد ضروري لاستجلاء الحكم في الحوادث، وأولى الناس بالاعتناء به هم القضاة؛ ذلك أنهم مؤتمنون على الحكم بين الناس بالعدل الذي أنزله الله والميزان الذي وضعه،" والقاضي لا يمكنه الحكم في واقعه بل لا يمكنه توجيه الحجاج ولا طلب الخصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعي من المدعى عليه، وهو أصل القضاء، ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد ورد الدعاوى إلى الأدلة، وهو تحقيق المناط بعينه" (١).

فمتى كلَّ نظره في مناط الحكم أو تهاون به وقع في الخطأ أو الجور لا محالة حتى ولو لم يتعمد ذلك؛ وهذا لأن الحكم القضائي يختلف باختلاف المناط في الوقائع حتى ولو كانت متحدة في الظاهر، ومن هنا قرر الفقهاء أن من طبيعة الحكم القضائي الخصوص والقصر، بمعنى أنه لا

---

(١) الموافقات ٥/١٥-١٦.

يتعدى موضعه، "فلو أن قاضياً حكم في مسألة اجتهادية بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك فإن حكمه لا يتعدى ذلك الفسخ، فلو حدثت قضية أخرى مثلها في ولايته فإنها تحتاج إلى نظر آخر منه أو من غيره؛ وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات لأن معظم ما ينظر فيه القاضي يحتاج إلى بينة [1]، والبينة إنما تشهد بما رأته أو شافهته وذلك أمر جزئي" [2].

وهذا هو المراد من قول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "وحكام المسلمين يحكمون في الأمور المعينة، ولا يحكمون في الأمور الكلية" [3].

وهنا تكمن صعوبة هذا العمل القضائي؛ فغير متاح لكل الناس أن يعرف المناط في القضايا، ولا أن يميز بين الأشباه والنظائر منها، حاشا من

---

(١) البيّنة في اللغة: تعني الوضوح والحجة والبرهان والأمارة . المصباح ٧٠/١، لسان العرب ٦٧/١٣.

واختلف الفقهاء في مدلولها الشرعي، وهي عند كثير منهم تطلق على الشهادة لا غير، والذي ارتضاه بعض المحققين: أنها أعم من ذلك؛ إذ تشمل كل ما يبين الحق ويظهره من الشهادة والإقرار واليمين وسائر الأمارات، كما يدل على ذلك اشتقاق الكلمة. ينظر: الطرق الحكمية ص: ٩٦، ١٩٨، وانظر الخلاف وأدلته مع المناقشة والترجيح في: طرائق الحكم المتفق عليها والمختلف فيها للزهراني ص: ١٧-٣٠.

(٢) تبصرة الحكام ٧٩/١-٨٠ وانظر: أدب القاضي للماوردي ١٨٦/١.

(٣) منهاج السنة ١٣٢/٥، وانظر: مجموع الفتاوى ٢٩٧/٢٧.

استجمع شروط القضاء وكان متمرساً بخباياه، ولهذا يقول ابنُ عبد السلام [١] : "ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس، وهو عسير على كثير من الناس" [٢].

ومما يجدر التنبيه عليه في هذا الموضع: أنه إذا كانت الحادثة هي مناط حكم الحاكم فإن ما يُثبت وقوع هذه الحادثة من البينات وشواهد الحال لا يخلو من هذا النظر أيضاً؛ إذ إن ذلك يعتبر أيضاً مناطاً لأدلة الشرع، فلو اقتصر نظره على خصوص الواقعة لم يُجْدِ شيئاً؛ إذ قد تكون الواقعة مناطاً قابلاً للحكم، ولكن يدخله الخلل من جهة البينة إما لكذبها، أو لعدم استيفائها شرطاً بخصوص إثبات ذلك الحكم في تلك الواقعة، وهكذا الشأن في صاحب الواقعة أيضاً، فلربما قام به مانع من ثبوت الحق له أو عليه.

فإذن لا بد للقاضي من ثلاثة أنظار حتى يسلم حكمه من الخطأ،

---

(١) محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري التونسي، أحد أعلام المذهب المالكي المعتبرين فيه، قال ابن فرحون: "كان إماماً عالماً حافظاً متفنناً في علمي الأصول والعربية، وعلم الكلام، عالماً بالحديث، وله أهليه الترجيح بين الأقوال، ولم يكن في بلده في وقته مثله" من آثاره: (تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب) المشهور بمختصر ابن الحاجب. توفي سنة ٧٤٩هـ. ينظر: الديباج المذهب ص: ٣٣٦، شجرة النور الزكية ص: ٢١٠.

(٢) تبصرة الحكام ١/٢، مواهب الجليل ٦/٨٧.

وهي: نظره في الواقعة المعروضة، ونظره في أصحاب تلك الوقائع، ونظره في أدلة الوقوع، وهي البينات.

فهذا طرف مما يجلي لك أهمية الواقعة القضائية، ومنه تعلم أنه لا بد للقاضي من فقهين: فقه بالأحكام الكلية، وفقه بخصوصيات ما يعرض عليه من القضايا، ولعل هذا هو المنحى في تفريق بعض الفقهاء بين فقه القضاء وعلم القضاء ؛ إذ جعلوا الأول من قبيل العلم بالأحكام الكلية التي تجري مجرى المقدمات بين يدي الحكم في الوقائع الجزئية، والثاني ما يرجع إلى معرفة المدعي من المدعى عليه، والمحق من المبطل، وتنزيل الحكم الكلي على الموضع الجزئي[1].

ويشهد لهذا الفرق قوله تعالى: ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾[2] فخص سليمان عليه السلام بفهم القضية؛ لكونه عرف وجه الحكم وحكم به، وعمهما بالعلم وهو مشترك بينهما[3].

فالحاصل من هذا المطلب: أن الحكم الصحيح إنما يتبين وينجلي بإدراك المناط في الواقعة إدراكاً تاماً بحيث يتيقن القاضي أنه صالح لتطبيق

---

(١) انظر: شرح الأبي على صحيح مسلم ٣/٥، فتاوى السبكي ١٢٢/٢، المعيار المعرب ٧٨/١٠. الأشباه والنظائر لابن نجيم ٦٦٦/٢.

(٢) سورة الأنبياء، آية: ٧٨.

(٣) الطرق الحكمية ص: ٣٤.

الحكم الذي وصَّله إليه اجتهاده، وأن ليس به مانع يمنع من تنزيل الحكم عليه، وبقدر معرفته بملابسات الواقعة وأسبابها وخلوها من الموانع بقدر ما يسلم حكمه ويصيب وجه الحق والعدل، والله سبحانه قبل ذلك هو المعين والموفق للصواب.

المطلب الثاني
أنواع الواقعة القضائية

تتنوع الواقعة القضائية بحسب طبيعتها إلى خمسة أنواع ، وفيما يلي تفصيل القول فيها [١]:

النوع الأول: الواقعة المختلِطة:

والمراد بها: "ما يقدمه الخصوم أمام القاضي من إجابة ودفوع مشتملة على أوصاف طردية ومؤثرة" [٢].

فهي "مختلطة" بمعنى: أنها قد جمعت بين الأوصاف المؤثرة في حكم الحاكم سلباً أو إيجاباً، وبين الأوصاف التي لا مدخل لها في الحكم، وهي التي تسمى بالأوصاف الطردية [٣].

---

(١) انظر: توصيف الأقضية ٢/٤٩-٥٠ .

(٢) المرجع السابق ٢/٤٩.

(٣) الوصف عند الأصوليين لا يخلو: إما أن يكون مناسباً للحكم الذي رتب عليه، أو غير مناسب، فالأول: يسمونه المؤثر، وقد يعرف عندهم بأنه: "ما ثبت بنص أو إجماع اعتبار عينه في عين الحكم" كتعليل ولاية المال على الصغير بالصغر، =

وهذا كما لو ادعى شخص على زيد من الناس بأنه قذفه في حال سكر يوم الجمعة، فالقذف هو موضوع الدعوى، وكونه في حال سكر وصف مؤثر في ثبوت الحكم؛ لأن السكران إذا انغلق عليه أمره لم تعتبر تصرفاته [١] لعدم وجود القصد الذي هو مدار الأحكام، وأما "يوم الجمعة" فهو وصف طردي لا أثر له في الحكم.

النوع الثاني: الواقِعة المؤثرة:

والمراد بها: "ما شهد له الشرع بالاعتبار والتأثير في الحكم القضائي من أقوال الخصوم ودفوعهم الواردة في الدعوى" [٢] .

وكل دعوى لا بد أن تشتمل على هذه الأوصاف، وأهل الخبرة هم الذين يميزون بين ما هو مؤثر منها وما هو ملغي، وبين ما هو مؤسس وما هو مؤكد، وبين ما يكون منها تأثيره مباشراً أو غير مباشر [٣] .

= والثاني: هو الطردي، ويعرفونه بأنه: "الوصف الذي لم تظهر فيه مناسبة للحكم، ولم يعهد من الشارع الالتفات إليه في شيء من الأحكام كالطول والقصر". ينظر: المستصفى ٣١٩/١، الإحكام ٣١١/٣، ٣٢٧، إرشاد الفحول ص: ٣٧٠.

(١) وهذا على أرجح الأقوال وفي المسألة خلاف بين العلماء، انظر في ذلك: بدائع الصنائع ٩٩/٣، مواهب الجليل ٤٣/٤، روضة الطالبين ٦٢/٨، المغني ٢٨٩/٧، إعلام الموقعين ٤٨/٤.

(٢) توصيف الأقضية ٥٠/٢ .

(٣) التأثير المباشر: يراد به ما يكون لصيقاً بموضوع الدعوى، كادعاء عين معينة =

وهي في جملتها لا تخلو من إفراد أو تركيب، فالواقعة المفردة: هي التي يكون فيها موضوع الدعوى شيئاً واحداً ولو اشتملت على أوصاف متعددة، مثل القتل العمد العدوان، فهذا التركيب فقهي غير قضائي.

وأما الواقعة المركبة: فهي التي تكون من أبواب متعددة، كما لو ادعى شخص على زيد من الناس بأنه ضامن لدَينه الذي على عمرو، فدعوى الضمان منفصلة عن دعوى الدين على عمرو، وهنا يجتهد القاضي في تفكيك هذه الواقعة لمعرفة ما تتكون منه، ومن ثم معرفة الأركان والشروط لكل جزئية، ويحكم على كل عنصر منها على حدة، ثم يصدر حكمه في الواقعة بتمامها [(١)].

"فمن الوسائل النافعة جداً أو الضرورية في كثير من الأحيان، عملية التقسيم والجمع، أي تقسيم الكلي إلى جزئياته، وجمع الجزئيات المتفرقة في كلياها، ففي هذا الجمع اختصار للمعرفة وإيجاز فيها دون الإخلال بالمقصود منها أو بتطبيقها، وفي هذا الجمع أيضاً معرفة جديدة تكتسب فيها كليات الأحكام" [(٢)].

= معلومة، والتأثير غير المباشر: هو ما يكون ثبوته موصلاً إلى ثبوت موضوع الدعوى كدعوى القبض والحيازة، وسائر القرائن. انظر في ذلك: توصيف الأقضية ٥١/٢ .

(١) انظر: مزيل الملام ص: ١٥، توصيف الأقضية ٥٢/٢، التكييف الفقهي ص: ٧٠.

(٢) ضوابط المعرفة للميداني ص: ١٣٨.

النوع الثالث: الواقعة الطردية:

المراد بالواقعة الطردية: "ما دل الشرع على أن لا تأثير له في الحكم القضائي من أقوال الخصوم ودفوعهم في الدعوى والإجابة، فهي المشتملة على الأوصاف التي لا ثمرة في وجودها أو فقدها" (١).

والوقائع الطردية منها ما هو طردي مطلقاً مثل الأمور التي لا تدخلها الأحكام القضائية مما لا يوجب النزاع، ولا تترتب عليه مصلحة دنيوية، وهي العبادات (٢) وأسبابها وشروطها وموانعها، ومسائل العلم الكلية، ومسائل العقيدة والفضائل والمندوبات والمكروهات (٣).

---

(١) توصيف الأقضية ٢/٥١ .

(٢) هذا ما ذكره القرافي بهذا الصدد في (الفروق ٤/٩٤)، وقد خالفه جماعة من الفقهاء في هذا التقسيم كابن فرحون و سراج الدين البلقيني وغيرهم إذ جعلوا العبادات من حيث قبولها للقضاء وعدمه على ثلاثة أقسام : ما يدخله الحكم استقلالاً: كالزكاة والصوم، وما يدخله بطريق التضمن: كالطهارة والصلاة والأضحية، وما يدخله بطريق الاستقلال والتضمن: كالاعتكاف والحج. أفاده ابن فرحون في (تبصرة الحكام ١/٨٧) .

والذي يظهر أن تقسيم القرافي يصح بالنظر إلى تقرير الحكم التكليفي من الوجوب وملحقاته، والرخصة والعزيمة والصحة والبطلان، فالإلزام بها يكون ديانة لا قضاء، ويحمل صنيع ابن فرحون ومن وافقه على مصالح العباد الدنيوية كما هو ظاهر من الأمثلة التي ذكرها. ذكره الحكمي في أصول الفتوى ص: ١٠.

(٣) بداية المجتهد ٢/٣٥٥، مجموع الفتاوى ٣/٢٣٨/ ٢٧/٢٦٧.

ومن الوقائع الطردية ما هو طردي في محل النزاع فقط، ولا يكون طردياً فيما عداه، كما لو ادعى شخص أن العمل المتعاقد عليه في الجَعالة [١] لم يكن محدداً معلوماً؛ لكونها تصح ولو مع جهالة الوقت، بل قال القرافي: "لا يجوز أن يكون العمل فيها محدوداً معلوماً؛ لأن ذلك يوجب الغرر في العمل، فنفي الغرر عن الجعالة بحصول الجهالة فيها" [٢].

فهذا الوصف في هذا الموضع طردي، وقد يكون مؤثراً كما لو ادعاه في الإجارة؛ لأن الإجارة يشترط فيها كون العمل محدداً معلوماً بخلاف الجَعالة [٣].

ومن هنا ينبغي التمرس بهذا الباب حتى يُتفادى من الخلط والغلط، فإن من الأوصاف ما يكون له تأثير في موضع دون آخر، أو يقتضي حكمين متضادين، وهذا كثير منه في الفروع، وقد ذكر القرافي -رحمه الله-

---

(١) الجَعالة لغة: من الجُعل، وهو ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله. واصطلاحاً: "عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله لا يجب إلا بتمامه" وقيل: هو " أن يجعل جائز التصرف شيئاً معلوماً متمولاً لمن يعمل له عملاً معلوماً". المصباح المنير ص ١٠٣، شرح حدود ابن عرفة ٥٢٩/٢، الروض المربع ٤٣١/٢.

(٢) الفروق ٢٦/٤، وانظر: نهاية المحتاج ٤٦٦/٥، ٤٧١، المغني ٢١/٦، الإنصاف للمرداوي ٣٩٠/٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٤، القوانين الفقهية ص ١٨٢،المهذب ٣٩٦/١، المغني ٢٥١/٥.

قاعدة لذلك سماها "جمع الفرق"، وهي - على ما قال -: "أن يكون المعين في نظر الشرع يقتضي حكمين متضادين، كوصف السفه يقتضي إبطال التصرفات المالية صوناً لمال المحجور عليه على مصالحه، ويقتضي تنفيذ وصاياه صوناً لماله على مصالحه؛ لئلا يأخذه الوارث، فصار السفه يقتضي التنفيذ والرد، وكذلك كون العمل غير معلوم يقتضي بطلان الإجارة لئلا تذهب الإجارة مجاناً، فهو غرر، ويقتضي أن يكون شرطاً في الجعالة؛ لأنه لو قدر أدى ذلك لضياع عمل المجاعل بانقضاء المدة قبل وجود الضال، وإذا كان غير مقدر يزيد المجاعل في الطلب، فيجد الضال، ولا يذهب فيه تعبه باطلاً، فصارت جهالة العمل تقتضي الصحة والبطلان" (١).

فمتى شدا القاضي في هذا الفن فهو الخليق بأن يصيب وجه الحق والصواب، ولذلك جُعل علم القضاء الدرايةَ بهذا العمل، وهو معنى قول ابن عرفة: " فقه القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغَى طرديها، ويعمل معتبرها" (٢).

قال شارح (التحفة) : "ومعنى طرديها: الأوصاف الطردية التي لا تنبني على وجودها أو فقدها ثمرة، وهذا وجه تخطئة المفتين والقضاة

---

(١) الفروق ٤/٢٦، وانظر: الذخيرة ٦/٨-٩/٧/١٠/٨/٢٣٩.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٦/٨٧، البهجة شرح التحفة ١/٣٤.

بعضهم لبعض، فقد يبنى القاضي والمفتي حكمه على الأوصاف الطردية المحتفة بالنازلة، ويغفل عن أوصافها المعتبرة" (١) .

النوع الرابع: الواقِعة الأصيلة:

وهي: "ما كان موضوعَ الادعاء المقصود أولاً بالدعوى" (٢).

وهذا كما لو ادعى شخص على زيد من الناس بأجرة داره، فالمقصود بالدعوى هنا هي الأجرة، ومن ثم فنظر القاضي يكون منصباً على تحقيقها أو ردها، وهذا هو الأصل والغالب في الدعاوى، أعني أنها تكون أصيلة غير بديلة.

النوع الخامس: الواقِعة البديلة:

وهي: "ما صح بدلاً عن الواقعة الأصيلة - محل الادعاء - عند عدم ثبوتها" (٣).

ومثالها: أن يدعي شخص على آخر بأجرة داره غير أنه لم يثبت عقد الإجارة، ولكن ثبت أن المدعى عليه شغل الدار بمتاعه، فتصح هذه الواقعة بدلاً عن الدعوى الأصيلة، ويقضى له بأجرة المثل عملاً بالقاعدة الفقهية، وهي أن "البدل يقوم مقام المبدل منه إذا تعذر المبدل منه" (٤).

---

(١) البهجة شرح التحفة ١/٣٤.

(٢) انظر: توصيف الأقضية ٢/٤٣ .

(٣) المرجع السابق ٢/٥٣-٥٥.

(٤) وفي هذه القاعدة تفصيل وتقسيم ينظر: الذخيرة ٢/٣٣٠، المنثور ١/٢٢٣، =

ولا بد في الواقعة البديلة من الدعوى إذا ظهرت وتمسك بها الخصم، وإلا فلا تسمع على ما سبق في شروط الحكم، ما لم يكن الأمر متعلقاً بحقوق الله فله نظر آخر، وقد تقدم أيضاً [(١)].

فهذا تقسيم مفصل للوقائع التي تعرض على القضاء، وهي كما ترى تدخل في أبواب عديدة كالحكم والدعوى والحق، وقد أوردهما هنا كالتمهيد بين يدي عمل القاضي واجتهاده في الوقائع المختلف فيها لما رأيت من ضرورة الإحاطة بها وبأحكامها قبل الشروع في تقرير الحكم وإصداره؛ إذ إن صحة الحكم متوقفة على هذه المعرفة، وبها أيضاً يستقيم للقاضي أن يصنف الدعاوى، ويرتب نظره فيها، وبذلك يسهل عليه عمله، ويستجمع ذهنه وفكره.



= الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٥٣٧، قواعد ابن رجب ٧٣/٣.

(١) توصيف الأقضية ٥٥/٢.

المبحث الثالث
اجتهاد القاضي في مسائل الخلاف

مدخل:

الاجتهاد مرتبة سَنية يبوئها الله من اصطفاه من عباده العلماء ؛ فهو آلة الاستنباط، ومسبار النوازل، والمفزع عند حلول الحوادث، ولولاه لما استمر التكليف، ولخلت معظم الحوادث من الأحكام، فمن تمام الرسالة الخاتمة ومقتضى كمالها أن شرعت الاجتهاد؛ إذ ليست الحوادث بعمومها منصوصاً على أحكامها، بل الواقع أن كثيراً من الأحكام الشرعية - إن لم يكن أكثرها- مما عرف بمسلك من مسالك الاجتهاد، وهو أمر ظاهر في تفاصيل الشريعة وفروعها، دع الأصول والكليات فهي مما لا تعتريه الظنون، إذ المطلوب فيها الجزم واليقين، والشرع قد استوفى الكلام عن حدودها في نصوص مستفيضة متواترة [1].

وإذ كان الاجتهاد لا مندوحة عنه في عموم أحكام الشرع فإنه في

---

(١) يقول الجويني -رحمه الله- في باب الاستدلال من كتابه البرهان: "لو انحصرت مآخذ الأحكام في المنصوصات والمعاني المستثارة منها لما اتسع باب الاجتهاد؛ فإن المنصوصات ومعانيها المعزوة إليها لا تقع من متسع الشريعة غَرفة من بحر، ولو لم يتمسك الماضون بمعان في وقائع لم يعهدوا أمثالها لكان وقوفهم عن الحكم يزيد على جريانهم، وهذا إذا صادف تقريراً لم يبق لمنكري الاستدلال مضطرباً ". البرهان ٢/ ١٦٢-١٦٣.

القضاء آكد وأشد؛ لتعلق الحقوق به، سواء كانت حقوق الله أو حقوق الآدميين، فاجتهاد القاضي في الوقائع المعروضة أمامه لإعطائها الحكم المناسب من أفضل مراتب الاجتهاد إن لم يكن أفضلها على الإطلاق؛ لأنه إظهار للحكم الشرعي على وجه تظهر به محاسن الإسلام ومناهجه الرشيدة في حراسة الدين وسياسة الدنيا.

ومن هنا تواطأت أقوال العلماء في الثناء على هذا المنصب لمن تولاه بجدارة واستحقاق، وبذلك ثبت الحديث من قوله ﷺ: "المقسطون على منابر من نور يوم القيامة عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما وَلُوا" (١).

ولأن هذا النوع من الاجتهاد يتعلق بالحقوق والمنازعات فإنه يستدعي من بذل الجهد واستفراغ الوسع ما لا يستدعيه الاجتهاد الفقهي أو الفتوي، ولاسيما إذا تعلق النظر باختلاف العلماء الذين ثبتت عدالتهم في الدين، وسُلم لهم بالإمامة فيه وبلوغ منزلة الراسخين، فإن الترجيح بين أنظارهم، والتمييز بينما هو منها صحيح وما هو منها بخلافه مما يستوجب النبوغ وبلوغ المنزلة العلية في هذا العمل الخطير.

ثم قد يكون من السهل على القاضي أن يبت في المسائل الإجماعية أو القطعية التي لم يختلف فيها حملة الشريعة، أو الحوادث المستجدة التي لا

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص مسلم في صحيحه: كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر (١٤٥٨/٣ح ١٨٢٧) .

يظهر أن في الشرع دليلاً مخصوصاً بها عيناً، فإنه يُعمل رأيه فيها ولا غضاضة عليه، لكن حين يتعلق الأمر بالترجيح بين مسائل الاجتهاد التي تدور بين النفي والإثبات، ويتعلق كل طرف منهما بمقصد شرعي في ظاهر الأمر، فهنا تكمن صعوبة هذا العمل، وفيه ينكشف للناظر مدى شأو القاضي في هذا الميدان وسبقه، فإن القضاء مختبر الفهوم ومحك العلوم.

وفي هذا السياق نبحث هذه الخاصية التي أوجبت للاجتهاد القضائي أن يبلغ مقداره هذا المقدار، وينتظم ذلك بذكر المطالب التالية.

المطلب الأول
تعريف الاجتهاد وشرائطه

الاجتهاد في لغة العرب: افتعال من الجهد بضم الجيم أو فتحها بمعنى: بذل الوسع والطاقة في تحصيل المراد، وقيل: الجهد بالفتح المشقة، وبالضم الطاقة، وقيل: الفتح لغة الحجاز، والضم لغة من عداهم [١].

ومادة هذه الكلمة في جميع تصاريفها تدل على بذل الجهد والوسع، وبلوغ الغاية في الطلب، والمبالغة في العمل لتحقيق أمر من الأمور سواء كان حسياً يتطلب مجهوداً عضلياً، أو معنوياً يستدعي إعمال الفكر والنظر مرة تلو المرة [٢].

---

(١) لسان العرب ٣/١٣٣، المصباح المنير ١/ ١١٢، القاموس المحيط ص:٣٥١.

(٢) انظر: الاجتهاد في الفقه الإسلامي ص: ٣٤.

وقد جاء من المعنى الأول قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾[١].

ومن الثاني: قوله ﷺ: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجـــران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر" [٢].

والاجتهاد في الاصطلاح: هو "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه" [٣].

وعرفه أبو حامد الغزّالي [٤] بأنه: "بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال" [٥].

---

(١) سورة التوبة آية: ٧٩ وانظر في تفسيرها: الجامع لأحكام القرآن ٦٢/٧ .

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص: (٤٣).

(٣) الإحكام للآمدي ١٦٩/٤.

(٤) محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي أبو حامد الغزالي، علم من أعلام المذهب الشافعي، لقب بحجة الإسلام، وذاع صيته في الآفاق، وقد وصفه شيخه إمام الحرمين الجويني بأنه: "بحر يقذف"، وقال عنه ابن كثير: "أحد أذكياء العالم". آثاره كثيرة، ومن أشهرها: (إحياء علوم الدين) و (المستصفى من علم الأصول). توفي سنة ٥٠٥هـ. انظر ترجمته في البداية والنهاية ١٧٣/١٢، طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ١٩١/٦، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٩٣/١.

(٥) المستصفى ٤/٤، وانظر: اللمع ص: ١٢٩، المحصول للرازي ٧/٦، المحصول لابن العربي ص: ١٥٢، الإبهاج ٢٤٦/٣، شرح الكوكب المنير ٤٥٨/٤، إرشاد الفحول ص: ٤١٨.

=

قيود التعريف الاصطلاحي:

بالنظر في تعريفات الاجتهاد على اختلافها نجد أنها متفقة على قيود هي بمثابة الشروط والصفات المطلوبة في المجتهد، وأهم هذه القيود:

أولاً: أن الاجتهاد لا يكون إلا ممن استجمع شروطه، وهي كثيرة يجمعها أربعة أشياء:

١- معرفة الوقائع كيف وقعت .

٢- العلم بالأحكام الشرعية ومصادرها.

٣- معرفة تنزيل هذه الأحكام على الوقائع .

٤- العلم بمقاصد الشريعة، وهو شرط في التنزيل [(١)].

ثانياً: أنه لا بد من بذل الجهد واستفراغ الوسع في طلب الصواب،

= والملاحظ على هذه التعريفات: أن بعضها جاء بصيغة "بذل"، والبعض الآخر عبر بصيغة "استفراغ"، ولعل التعبير الأخير أدق في الدلالة على المقصود؛ لأنه يشعر ببذل وإعطاء كل الوسع والجهد، أما كلمة "بذل" فهي دالة على مطلق العطاء، فقد يبذل المرء كثيراً من جهده، وقد يبذل ما هو دون ذلك، وفي كلتا الحالتين يطلق على عمله البذل. انظر: الاجتهاد في الفقه الإسلامي ص: ٣٦.

(١) انظر شروط الاجتهاد في الرسالة ص: ٥٠٨-٥١١، المستصفى ٤/٥-١٧، الإحكام للآمدي ٤/١٧٠، إعلام الموقعين ١/٤٤، الإبهاج ١/٨، الموافقات للشاطبي ٥/٤١، إرشاد الفحول ص: ٤١٩.

وهذا هو الاجتهاد التام [١]، ولا بد منه للقاضي المجتهد؛ إذ المطلوب منه الحكم على وجه العدل، فلزمه طلب الصواب أنى كان طريقه، ومتى أخل به أو لم يبذل قصارى جهده فيه فإنه يكون آثماً وغاشاً في حكمه حتى لو أصاب الحق [٢] كما يهدي لذلك قول النبي ﷺ: "القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقاض في الجنة، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فجار متعمداً فهو في النار، وقاض قضى بغير علم فهو في النار" [٣].

---

(١) يقسم العلماء الاجتهاد إلى قسمين: ناقص وتام: فالناقص: هو النظر المطلق في تعرف الحكم، وتختلف مراتبه بحسب الأحوال. والتام: هو استفراغ القوة النظرية حتى يحس الناظر من نفسه العجز عن مزيد طلب. ومثاله: مثال من ضاع منه درهم في التراب فقلبه برجله فلم يجد شيئاً فتركه وراح، وآخر إذا جرى له ذلك جاء بغربال فغربل التراب حتى يجد الدرهم أو يغلب على ظنه أنه ما عاد يلقاه، فالأول اجتهاد قاصر، والثاني تام. المدخل لابن بدران ص:٣٦٧.

(٢) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٤/١٢.

(٣) أخرجه من حديث عبد الله بن بريدة: أبو داود في السنن، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ (٢٩٩/٣، ح ٣٥٧٣) والترمذي في الجامع، كتاب الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي (٦١٣/٣ ح١٣٢٢) وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق (٢٧٦/٢ح ٢٣١٥)، وهو صحيح بمجموع طرقه كما بينه العلامة ناصر الدين الألباني في إرواء الغليل ٢٣٥/٨ .

ثالثاً: أن الغاية من الاجتهاد هي الوصول إلى الحكم الشرعي العملي سواء على وجه الظن الغالب أو العلم، وهذا يُحترز به عن الخوض في المعقولات أو الأمور الحسية، وكذا الأمور المعلومة من الدين بالضرورة كالأمور المتعلقة بالعقائد وبالعبادات من حيث وجوبها ومقاديرها ومواقيتها، وكذا المقدرات من الكفارات والحدود والفرائض وأمهات الفضائل، وما أشبه ذلك مما علم بالضرورة أو حصل عليه إجماع ، فهذه كلها لا تقبل الاجتهاد إلا في حالات تستدعي ذلك مثل الضرورة والحاجة، والخطأ فيها غير مغتفر؛ لأن حكمها قطعي بين لا يحتمل الصواب في غيره كما في مسائل الاجتهاد، ولكن قد يكون للخطأ فيها سبب آخر غير الاجتهاد فينظر في ذلك السبب (١).

---

(١) انظر: اللمع للشيرازي ص: ١٢٩، المستصفى ٤/١٨، المحصول ٦/٣٩، الموافقات ٥/١١٤-١١٦.

المطلب الثاني
حكم اجتهاد القاضي

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أنه إذا خلا عصر ما عن المجتهدين وأهل العلم بالدين فإنه يجوز بل يجب تولية القضاء لمن قدر عليه، ويقدم في ذلك من هو أقدر به على غيره، يستوي في ذلك أن يكون مقلداً أو عامياً؛ لأنه إذا مُنع مثله عن القضاء والحال كما وُصف أدى ذلك إلى تعطيل الأحكام، وإيقاع الناس في الهرج والفوضى والفساد، ولا شك أن هذه المفاسد أكبر من مفسدة تولية الجاهل أو المقلد، فتقدم في الاعتبار؛ بناء على القاعدة الفقهية: "يختار أهون الشرين لدفع أكبرهما" (١).

قال ابن القيم -رحمه الله-: "إذا لم يجد السلطان من يوليه إلا قاضياً عارياً من شروط القضاء لم يعطل البلد عن قاض، وولي الأمثل فالأمثل"(٢).

واختلفوا فيما لو وُجد العلماء والمجتهدون، ووُلي من هو دونهم في العلم بحيث لا تتوفر فيه أهليه الاجتهاد والنظر في النوازل والمعضلات، هل تصح ولايته وينفذ قضاؤه على قولين:

---

(١) انظر القاعدة ومعناها في: قواعد الأحكام ٧٩/١، المنثور ٣٤٨/١، البحر الرائق ٢٨٩/١.

(٢) إعلام الموقعين ١٩٧/٤، وانظر: بدائع الصنائع ٣/٧-٥، أدب القاضي لابن أبي الدم ص: ٨٠، تبصرة الحكام ٢٢/١، المغني ٥٩/١٠، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٦٢٥/٤.

القول الأول: أن الاجتهاد شرط في صحة القضاء، فلا بد أن يكون القاضي عالماً بمدارك الأحكام وطرق الاستنباط، ومستجمعاً لسائر شروط الاجتهاد، وهذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وهو قول فريق من الحنفية منهم محمد بن الحسن الشيباني [١].

القول الثاني: أن الاجتهاد ليس شرطاً في القضاء، وإنما هو شرط أولوي، وعليه فيجوز قضاء المقلد والعامي الجاهل، ويَسأل أهلَ العلم فيما أَشكل عليه ولم يهتد لحكمه، وهذا قول جمهور الأحناف، وهو المذهب عندهم [٢].

---

(١) انظر: روضة القضاة ٥٤/١، فتح القدير ٢٥٦/٧، الذخيرة ١٩/١٠-٢١، تبصرة الحكام ٢٢/١، أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ٨٠، أدب القاضي لابن القاص ٩٨/١، المغني ٩٣/١٠.

وهذا الرأي هو الذي نصت عليه أنظمة القضاء في المملكة العربية السعودية، فقد جاء في المادة (٣٧) ذكر الشروط التي تخول الشخص لتولية القضاء، ومنها: "أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة للقضاء حسبما نص عليه شرعاً" ولتحقق ذلك شرطت أن يكون القاضي حاصلاً على المؤهل العلمي من إحدى كليات الشريعة أو ما يعادله، مع اجتيازه للامتحان الذي تعده وزارة العدل بهذا الصدد. انظر: التنظيم القضائي في المملكة لآل دريب ص: ٣٥٢-٣٥٤.

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ١٠١/٣، بدائع الصنائع ٣/٧، فتح القدير لابن الهمام ٢٥٦/٧، البحر الرائق ٢٨٨/٦، حاشية ابن عابدين ٣٦٥/٥، الفتاوى الهندية ٣٧/٣.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

فمن الكتاب: قوله تعالى لنبيه داود عليه السلام: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴾ (١).

وقوله لخاتم أنبيائه محمد ﷺ: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ﴾ (٢).

وقال سبحانه مخاطباً عموم الأمة: ﴿ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ (٣).

قالوا: فهذه الآيات وأشباهها دلت على وجوب الحكم بالحق الذي أنزله الله، والرد إليه عند التنازع والاختلاف، وأنه لا طريق لمعرفته والفصل فيه إلا العلم بالأحكام الشرعية، وذلك مما يختص به أهل العلم، ومن عداهم لا يتأتى منه ذلك، وهذا في الجاهل أمره ظاهر؛ فإنه لا يفقه الحكم الشرعي، ولا يعرف الرد إلى الله والرسول، وأما المقلد فهو مأمور أن يحكم بما أنزل الله لا بأقوال الرجال، على أنه لو جاز له أن يحكم بمنصوص الإمام ومشهور المذهب، فكيف له أن يكشف عن حكم الله في

---

(١) سورة ص، آية: ٢٦.

(٢) سورة النساء، آية: ١٠٥.

(٣) سورة النساء، آية: ٥٩.

النوازل المستجدة والأمور المعضلة، والحال أنه لا يملك أهلية النظـــر، ولا تعقُّلَ المعاني والعلل ليعرف الأشباه، ويعطي النظير حكم نظيره [١].

ومن السنة: قول النبي ﷺ: "القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقـــاض في الجنة، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فجار متعمداً فهو في النار، وقاض قضى بغير علم فهو في النار" [٢] ، وقولـــه ﷺ: "إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإذا اجتهد فأصاب فله أجران"[٣].

قالوا: فالحديث الأول صريح في منع العامي من الحكم بين النـــاس، ومتى حكم فإنه داخل في الوعيد المذكور حتى لو أصاب في حكمه، وأما المقلد فيقوى في النظر أنه داخل في الوعيد أيضاً؛ لكونه يقضي بعلم غيره، وقد يُمضي الحكم وإن كان يعتقد خلافه كما هو دأب المقلـــدين، وإن أُخرج من الوعيد بنوع تأويل فقد دل الحديث الآخر على أن القضاء هو منصب المجتهد، فمتى تولاه غيره فهو جائر متعد؛ لأنه قعد في مقعد غيره، ولبس خُلعة [٤] سواه من غير استحقاق [٥] .

---

(١) الذخيرة١٠/٢١ أدب القاضي١/٦٣٦-٦٤١، المغني١٠/٩٣، السيل الجرار ٤/٢٧٤.

(٢) سبق تخريجه ص: (١٩٠).

(٣) سبق تخريجه ص: (٤٣).

(٤) الخُلعة من الثياب: ما نزعته عنك، والمراد من الجملة أن الحاكم الجاهل متقمص لشخصية غيره، فكأنه لبس ثوب غيره من غير استحقاق. لسان العرب ٨/٧٦.

(٥) انظر مع المراجع السابقة: كفاية الأخيار ص: ٥٤٩، تبصرة الحكام ١/٢٢.

وأما المعقول: فهو أن العامي والمقلد لا يصلحان للفتوى، ومـــن لا يصلح للفتوى أحرى به أن لا يصلح للقضاء ؛ لأن الإفتاء إخبار غـــير ملزم، والقضاء إخبار على وجه الإلزام [١].

أدلة الأحناف:

استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[٢].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى أرشد الجاهل بالأحكـــام إلى سؤال أهل العلم، وهذا يشمل القاضي وغيره، فيسأل العالم عما أشـــكل عليه، ثم يحكم فيه بما يفتيه [٣].

وأما السنة: فما روي عن علي ﷺ أنه قال: "أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً وأنا حديث السن، فقلت: تنفذني إلى القـــوم يكـــون بينهم أحداث [٤] ولا علم لي بالقضاء ؟، قال: "إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه حري أن يتبين لك القضـــاء "،

---

(١) انظر: كفاية الأخيار ص: ٥٤٩، المغني ٩٣/١٠.

(٢) سورة النحل، آية: ٤٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٠٣/٩، بدائع الصنائع ٥/٧، روضة القضاة ٦٠/١.

(٤) الأحداث جمع حدث بفتحتين، وهو شبه النازلة من الأمور. ينظر: لسان العرب ١٣٢/٢.

قال علي ﷺ : "فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك" [١].

قالوا: فهذا صريح في عدم اشتراط الاجتهاد في هذا المنصب؛ لأن علياً ﷺ لم يكن حينئذ من أهل الاجتهاد [٢].

وأما المعقول: فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: القياس على الشهادة، فكما صحت من العامي شهادته، فكذلك يصح قضاؤه.

الثاني: القياس على أخذه بفتوى نفسه، فإذا جاز له أن يحكم في الاستفتاء في حق نفسه جاز له أن يحكم به في حق غيره؛ لأنهما حكم بعلم فاستويا.

الثالث: أن المقصود من القضاء إيصال الحق إلى مستحقه، وهذا يتأتى من الجاهل أو المقلد إذا عمل بفتوى غيره [٣].

---

(١) أخرجه أحمد في (المسند ١/١٥٦) وأبو داود في السنن، كتاب الأقضية، باب كيف كان القضاء، (٣/٣٠١ ح ٣٥٨٢) والترمذي في الجامع، أبواب القضاء، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما (٦١٨/٣ح ١٣٣١) وابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، (٧٧٤/٢ح ٢٣٠٨) والنسائي في السنن، كتاب المناقب، باب ذكر قول النبي ﷺ لعلي إن الله سيهدي قلبك، ٥(/١١٦ح ٨٤١٧) وابن حبان في (صحيحه ٤٥١/١١) والحاكم في (المستدرك ١٤٥/٣) والبيهقي في (السنن الكبرى ١٤٠/١٠)، وهو صحيح بمجموع طرقه. انظر: إرواء الغليل ٢٢٦/٨.

(٢) انظر: فتح القدير ٢٥٦/٧.

(٣) انظر: روضة القضاة ٦٠/١، فتح القدير ٧٧٥٧، البحر الرائق ٢٨٨/٦.

الموازنة والترجيح :

الراجح في هذه المسألة: ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط العلم بالأحكام الشرعية فيمن يتولى القضاء، إلا أنه لا يشترط فيه أن يبلغ درجة الاجتهاد المطلق، فإن هذا مع كونه نادراً فإن اشتراطه يؤدي إلى تعطيل منصب القضاء، ولكن عليه أن يكون عالماً بالأحكام المتعلقة بالمجال الذي يحكم فيه من المناكحات والمواريث والجنايات والحقوق وغير ذلك.

والدليل على رجحان هذا القول ما يلي:

١- الأدلة السالفة، فهي صريحة في المطلوب، ولا ينتهض في الاعتبار ما يدفعها.

٢- أن تخصيص القضاء بالفقيه المجتهد سنة متبعة، فقد جرى به العمل في سائر العصور والأمصار، وحتى الذين كانوا يحكمون على وفق مذهب معين إنما كانوا ملزمين بذلك سياسة حتى تنضبط الأحكام، لا أنهم لم يكونوا من أهل الاجتهاد، وأما العامي فلم تكن له منزلة بين الناس فضلاً أن يتولى أمورهم ويحكم في قضاياهم.

٣- أن الأحناف يتفقون مع الجمهور على أنه يجب على السلطان أن يولي في كل ولاية من هو أصلح لها من أهل العلم والخبرة، ويصرحون بذلك في ولاية القضاء [١].

---

(١) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي ٣/١٠١، الفواكه البدرية ص: ٧٠، فتح القدير ٧/٢٥٢-٢٥٣.

وهذا الأصل يتنافى مع القول بجواز تولية العامي والمقلد الصرف؛ لكونه غير قادر على تحقيق العدل بين الناس، وإفساده أكثر من إصلاحه.

٤- أن مسائل القضاء لا يمكن فيها التقليد، وإن أمكن في بعضها فهو غير متأت في جميعها، وذلك أن التقليد إنما يتصور بعد تحقيق مناط الحكم المقلد فيه، والمناط هنا لم يتحقق بعد؛ لأن كل صورة من صوره النازلة نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير من جميع الوجوه، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد، ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدقا، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين، فالقاضي لا يمكنه الحكم في واقعه، بل لا يمكنه توجيه الحجاج، ولا طلب الخصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعي من المدعى عليه، وهو أصل القضاء، ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد ورد الدعاوى إلى الأدلة وهو تحقيق المناط بعينه [1].

ومعلوم أن تحقيق المناط ضرب من ضروب الاجتهاد لا يبلغه إلا الراسخون في العلم المبرزون فيه، وأما من دونهم من عوام الناس ومقلدة الفقهاء فليسوا بتلك المنزلة.

وأما ما تمسك به الحنفية: فلا ينتهض لمعارضة هذه الأصول، وبيان ذلك كما يلي:

---

(١) من كلام الشاطبي في الموافقات ٥/١٤-١٦.

أما الآية التي استدلوا بها: فهي ظاهرة في اشتراط العلم في القاضي؛ لأن القضاء آكد من الفتوى كما تقدم، وقد بين الله في آيات من كتابه أنه لا يَتوصل إلى الفصل في الأمور إلا أولوا العلم أهل الفقه في الدين، كقوله سبحانه: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ﴾ (١).

وأما حديث علي ﷺ: فقد قال عنه ابن الهُمام(٢): "الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي ﷺ علياً اليمن و لم يكن مجتهداً ليس بشيء ؛ فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه، ويثبت لسانه، فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد، وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره" (٣).

---

(١) سورة النساء، آية: ٨٣.

(٢) محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الكمال ابن الهمام السيواسي، قال عنه الحافظ السخاوي: "لم يبرح عن الاشتغال بالمعقول و المنقول حتى فاق في زمن يسير، و أشير إليه بالفضل التام، و الفطرة المستقيمة، واستمر يترقى في درج الكمال حتى صار عالماً متفنناً علامة متقناً، درس وأفتى و أفاد، وعكف الناس عليه، و اشتهر أمره، وعظم ذكره"، من آثاره: شرح متن الهداية المسمى (فتح القدير) و(التحرير) في أصول الفقه. توفي سنة ٨٦١هـ. انظر ترجمته في: الضوء اللامع ١٢٩/٨، شذرات الذهب ٢٩٨/٧.

(٣) فتح القدير ٢٥٦/٧.

وأما القول بأن الجاهل يحقق المقصود من فصل القضاء إذا سأل غيره، فلا يظهر معناه بما تقدم من الأدلة الدالة على أن الفصل بالحق طريقه العلم، ثم القاضي يؤمر بالاستشارة وسؤال أهل العلم وإن كان فقيهاً، فإذا اختلفوا عليه اجتهد في اختلافهم، وتوخى أحسن أقاويلهم، فإذا كان جاهلاً التبس الأمر عليه، ولم يعلم بماذا يأخذ، وربما ولي الجاهل بلداً لا فقهاء فيه فيحكم بهواه كما هو الغالب من شأن الجاهل بالأحكام [١].

والقياس على أخذه بفتوى نفسه مردود ؛ للفرق الذي بين القضاء والفتيا، فإن المفتي مضطر للأخذ بفتوى نفسه، بخلاف القاضي، وأيضاً فالقاضي يلزم بحكمه غيره بخلاف المفتي، ومع هذا الفرق لا يستقيم القياس.

وأما قياس القضاء على الشهادة: فرده المحققون من وجهين:

أحدهما: أن الشهادة لما روعي فيها آلتها - وهي في التحمل العقل والسمع، وفي الأداء العقل واللسان - وجب أن يراعى في الحكم آلته وهو الاجتهاد.

الثاني: بالقياس في معنى الأصل[٢]، وحاصله: أن العالم لما جاز له أن

(١) انظر: تبصرة الحكام ٢٢/١.

(٢) يعرف الأصوليون القياس في معنى الأصل بأنه: "ما عرف فيه كون الفرع مماثلاً للأصل بأن لم يظهر فارق بينهما بعد السبر التام، أو ظهر غير أنه عديم الأثر كالعلم بانتفاء أثر صفة الذكورة والأنوثة في سراية العتق". =

يفتي جاز له أن يحكم، والعامي لما لم تجز له الفتوى وجب أن لا يجوز منه القضاء؛ إذ لا فرق [(١)].

وينبغي أن يعلم بعد هذا أن الحنفية -رحمهم الله- مع تجويزهم لقضاء العامي فهم ينصون على أنه "لا ينبغي أن يتقلده الجاهل بالأحكام؛ لأن الجاهل بنفسه ما يفسده أكثر مما يصلح، بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر" [(٢)].

وقد قال العلامة ابن الغرس: " اتصاف الجاهل بأهلية القضاء فيه نظر وإن كان إطلاقهم يتناوله ... فلا أقل من اعتبار التلبس بالعلم والفقه، والتأهل في الجملة، وأقل ذلك: أن يحسن تَعقل الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طرق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ، وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعاوي والحجج وتوابع ذلك ولوازمه، وإلا فلا ينبغي أن يُنسب إلى مجتهد من السلف فضلا عن الإمام أبي حنيفة تجويزُه ولايةَ القضاء التي هي من أشرف مناصب الإسلام

= ويقال: إنه من القياس الجلي الذي لا يحتمل الإنكار. الإيضاح لقوانين الاصطلاح لابن الجوزي ص ٣٣. وانظر: المستصفى ٣/٦٥٤-٦٥٥، الإحكام للآمدي ٤/٧.

(١) انظر: أدب القاضي للماوردي ١/٦٣٩-٦٤١، المغني ١٠/٩٣، السيل الجرار ٤/٢٧٤.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٣، وانظر: المبسوط ١٦/٢٦، ٧٢.

بعضَ السوقة الذين لا يعقلون صغار الأمور المعيشية فضلا عن كبارها" [١].

فمن هنا يبدو أن الخلاف يقرب إلى أن يكون خلافاً لفظياً؛ لأنه ليس يُعقل أن يبت في القضايا من لا يميز بين المدعي والمدعى عليه، ولا يعرف من يطالَب منهما بالحجة ممن لا يطالب، وما هي الحجج المطلوبة في أنواع الدعاوى، وما يقبل منها وما يرد، وسائر الأحكام التي إنما تدرك بالعلم، ويستعصي فهم الكثير منها على الحذاق من حملة الشريعة المتمرسين في فصل القضايا، فكيف بمن هو دونهم ممن لم يرفع بالعلم رأساً ؟!.

ولظهور ضرورة اشتراط العلم في القاضي فإن بعض شراح المختصرات من الحنفية لما استهجنوا هذا المذهب ذهبوا في تفسير (الجاهل) و(العامي) إلى أنه المقلد الذي يكون أقل أحواله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعاوي والحجج وما إلى ذلك ! [٢].

---

(١) الفواكه البدرية ص: ٧٢- ٧٣.

(٢) انظر: الفواكه البدرية لابن الغرس ص: ٧٢، البحر الرائق ٢٨٨/٦، حاشية ابن عابدين ٣٦٥/٥.

المطلب الثالث
مجالات الاجتهاد القضائي

القاضي المجتهد يبحث فيما يبحث فيه غيره من المجتهدين، ويجتهد على غرار ما يجتهدون، إلا أنه قد يختص بالنظر في بعض القضايا حتى تنضبط الأحكام، وتدفع الحقوق إلى أهلها على أصح وجه وأحسنه [(١)].

كما أن الاجتهاد القضائي قد يخالف في كثير من الأحكام ما يذهب إليه النظر الفقهي؛ لكونه يُعنى بتحقيق مناط هذه الأحكام على نحو لا يشهده الفقيه ولا المفتي كما سبق التنبيه على ذلك في تقسيم الوقائع.

وبالنظر فيما كتبه علماء الأصول في تحديد مجال الاجتهاد من حيث هو يتبين أنه لا يخلو من قسمين [(٢)]:

القسم الأول: مجال النصوص.

القسم الثاني: مجال الوقائع، وهي مناط تلك النصوص.

فأما القسم الأول: فالنص إن كان قطعي الثبوت والدلالة فالاجتهاد فيه يكون بتفهمه فهماً متكاملاً بحيث يتعرف المجتهد منه على ما تضمنه من الأحكام، وما اقتضاها من العلل، وما تهدف إليه تلك الأحكام من

---

(١) وذلك مثل النظر في أمر المحبوسين والأوصياء والأمناء ونحوهم، فهذه الأمور مما يختص القضاة بالنظر فيها؛ لكونها تستدعي الحسم والإلزام، وليس ذلك لغيرهم. انظر: الإعلام بنوازل الأحكام ١/٢٩-٣٠، تبصرة الحكام ١/٧٣.

(٢) انظر هذا التقسيم في: الموافقات ٥/١١.

الغايات التي هي روح التشريع ومقاصده الأساسية، ولابد لكل نص مهما بلغت رتبته في القوة والوضوح من هذه الأنظار الثلاثة:

فالنظر الأول: يقتضيه قصد التعبد والتكليف؛ فإن نصوص الشرع لم يؤت بها لتدون في القراطيس، أو لتتلى على المسامع، بل ليُتعرف منها الأحكام التكليفية حتى يلتزمها المكلف.

والنظر الثاني: من مقتضى تمام هذه الشريعة وشمولها لجميع التصرفات؛ فإنه بمعرفة علل هذه الأحكام تنكشف للمجتهد أحكام الحوادث والمستجدات التي لم يرد بشأنها نص خاص، وبدون هذا النظر تظل هذه الحوادث معطلة عن الحكم الشرعي، ولا يخفى ما في ذلك من الانحراف عن الجادة مع ما يستتبع ذلك من وسم الشريعة بالقصور عن مواكبة الحوادث.

وأما النظر الثالث: -وهو النظر في مقاصد الأحكام- فهو بمثابة القيِّم والمعيار على النظرين السابقين: فالنص وإن كان قطعياً في دلالته على الحكم بيد أنه لا يصار إلى تطبيقه إذا عارض مقصداً من مقاصد الشريعة؛ لأن " المصالح معتبرة في الأحكام " [(١)]، و"كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل" [(٢)].

وليست هذه المعارضة من جهة الحكم نفسه، فإن أحكام الشرع لا

---

(١) الموافقات ٥/٤٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢/١٢١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٢٨٥.

تعارض مقاصدها بحال، بل هي الوسائل لتحصيلها فكيف تعارضها، ولكن ربما تخلف مقصد شرعي عن حكمه من جهة ما يحتف بمناط الحكم من أمور تجعله غير صالح له، فلا يكون النص حينئذ (مقروناً بهذا المناط) دالاً على هذا الحكم كما سيأتي بيانه بحول الله.

فهذه الأنظار الثلاثة عليها مدار الاجتهاد في النصوص القطعية، وما عداها فهو من الخوض في الدين والتطاول على الشرع، وكل نظر من هذا القبيل فهو نظر أعمى واجتهاد زائف؛ لأنه مصادمة للنص، وكل ما صادم النص فهو باطل.

وهذا النمط من الاجتهاد- أعني المصادم للنص- هو المراد من قول الفقهاء: "لا اجتهاد مع وجود النص" [(١)] أي: بما يؤدي إلى مناقضته إما بتحليل الحرام، أو بتحريم الحلال، أو بتغيير المقدرات كالحدود والكفارات بالزيادة والنقصان، أو بنحو ذلك، فهذا محرم شرعاً، ولا يجوز التعويل عليه، وقد تواطأت أقوال العلماء في المنع منه، وتنوعت عبارتهم في ذلك:

فمن قائل: "ولا حظ للاجتهاد مع النص... ولا مساغ للتأويل مع النص" [(٢)].

---

(١) انظر: المستصفى ١٨/٤، المحصول للرازي ٢٧/٦، الموافقات ١١٥/٥، البحر المحيط ٢٦٥/٨، إرشاد الفحول ص: ٤٣٦.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٦٥/٤، ١٦٥.

ومن قائل: "إذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد" (١).

ومن قائل: "فأما النص القطعي فلا مجال فيه للاجتهاد، والخارج عن حكمه مخطئ قطعاً" (٢).

ومن قائل: " الاجتهاد مع النص فاسد الاعتبار" (٣).

ومن قائل:" نصوص الوحي الصحيحة الواضحة الدلالة السالمة من المعارض لا اجتهاد ولا تقليد معها ألبتة " (٤).

فالاجتهاد في هذه العبارات يراد به ما كان سبيله غير سبيل تلك الأنظار المتقدمة، وهو المصادم للقطعي من النصوص، وأما هي فلا بد منها في كل نص مهما بلغت رتبته؛ لتوقف فهمه والعمل به عليها كما تقدم تقريره.

فهذه محصل الكلام في الاجتهاد ومعناه في مجال النصوص القطعية.

وأما ما كان من النصوص ظني الثبوت والدلالة أو ظنياً في أحدهما فقط: فهو مجال رحب للاجتهاد، بمعنى: أنه لا يأثم فيه المجتهد، ولا يستساغ فيه الإنكار؛ "فإن الله تعالى قد حكم بحكمته أن تكون فروع هذه الملة قابلة للأنظار ومجالاً للظنون، وقد ثبت عند النظار أن النظريات

---

(١) المهذب ٣٦٨/١.

(٢) الموافقات ١١٥/٥.

(٣) شرح الزرقاني على الموطأ ٢٠٠/٤.

(٤) أضواء البيان ٣٥٣/٧.

لا يمكن الاتفاق فيها عادة، فالظنيات عريقة في إمكان الاختلاف، لكن في الفروع دون الأصول، وفي الجزئيات دون الكليات، فلذلك لا يضر هذا الاختلاف" [١].

ومن شرط هذا الاجتهاد أن لا يخالف أصلاً مقطوعاً به، أو يؤدي إلى مناقضة مقاصد الشريعة، ولا بد أن يكون مستنداً إلى أصل مقطوع به؛ "فإن الظنون التي تستند إليها الأحكام محدودة بالشرع، أعني التي توجب رفعها أو إيجابها، وليست هي أي ظن اتفق" [٢].

قال ابن عبد البر-رحمه الله- بعد سوقه جملة من الآثار التي تدل على أن الظنون والاجتهادات إنما يقبل منها ما كان مفرعاً على أصول الشريعة وقواعدها: "وهذا يوضح لك أن الاجتهاد لا يكون إلا على أصول يضاف إليها التحليل والتحريم، وأنه لا يجتهد إلا عالم بها، ومن أشكل عليه شيء لزمه الوقوف، ولم يجز له أن يحيل على الله قولاً في دينه لا نظير له من أصل ولا هو في معنى أصل، وهذا الذي لا خلاف فيه بين أئمة الأمصار قديماً وحديثاً" [٣].

ومن هنا تعلم أن الاجتهاد بالرأي ليس هو الذي يذهب إليه دعاة التغريب والتغيير في أحكام الملة، وهو الاجتهاد المبني على الذوق

(١) الاعتصام ١٦٨/٣.

(٢) بداية المجتهد ٦٣/١، وانظر: الاعتصام ٢٣٦/٢.

(٣) جامع بيان العلم وفضله ٨٤٨/٢ .

والمصلحة المادية التي إنما تنضبط بما تشتهيه الأهواء ويتلاءم مع الحظوظ حتى لو خالفت قواعد الدين وأصوله، بل هو الاجتهاد الموافق للشرع، الصادر عن أهله المضطلعين بمقاصد الدين وقواعده المتينة، وما عداه فمنبوذ مُطَّرح .

القسم الثاني: مجال الوقائع:

النظر في الوقائع والحوادث هو نوع من الاجتهاد المفرع على النظر في الأحكام وأدلتها، فالاجتهاد في النصوص لا يمكنه أن يوصل إلى المطلوب ما لم يقترن بواقعه ومحله؛ لأن لمحال الوقائع خصوصيات وضمائم توجب في كثير من الأحيان مغايرة المنصوص عليه من الأحكام، فمتى أغفله القاضي وقع في الخطأ أو الجور لا محالة كما سبق التنبيه على ذلك، وهذا النوع من الاجتهاد هو المسمى بتحقيق المناط، وقد سبق أنه ضروري في كل ملة [(١)].

إلا أن البحث هاهنا ليس في تحقيق المناط الذي يُعنى بإدخال القضايا المعينة تحت الأحكام الكلية، أو بعبارة أخرى: تنزيل الأحكام والتكاليف على من هم داخلون تحت عموم مقتضياتها، فهذا ضروري لا بد منه، وإنما المراد البحث في التحقيق من نوع خاص، وهو الذي ينظر في الحالات الفردية، ويقدر خصوصياتها، وما يليق بها ويصلح لها، وذلك

---

(١) انظر: درء تعارض العقل والنقل ٧/٣٣٦-٣٣٧.

يختلف بحسب وقت دون وقت وحال دون حال وشخص دون شخص، كما قرره الشاطبي رحمه الله، وسماه (تحقيق المناط الخاص) [(١)] .

ولهذا الاجتهاد بمفهوميه العام والخاص أهمية كبيرة في إصابة وجه الحق، فهو يعين القاضي على تعيين محل الحكم، ثم تمحيص الواقعة القضائية المختلطة، وتخليصها من الأوصاف والملابسات الطردية التي لا مدخل لها ولا تأثير في الحكم القضائي، ومن ثم تنزيل الحكم المناسب على المناط المناسب [(٢)].

قال ابن خَلدون [(٣)] -رحمه الله-: "وربما تركبت الواقعة من عدة أبواب، فليفحص القاضي عن ذلك، وليميز لكل باب محله منها، ثم ينقح الواقعة بأخذ ما يتعين اعتباره، وإلغاء ما لا مدخل له في الحكم

---

(١) انظر: الموافقات ٥/ ٢٣-٢٥، وسيجيء بحثه مفصلاً قريباً بحول الله .

(٢) انظر: توصيف الأقضية ٢/٧٠.

(٣) عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن عبد الرحيم، ولى الدين الاشبيلي الأصل، التونسي ثم القاهري المالكي المعروف بابن خلدون، عالم أديب مؤرخ، ويعد المؤسس الأول لعلم الاجتماع، قال عنه ابن الخطيب: "رجل جم الفضائل، رفيع القدر، أصيل المجد، متقدم فى فنون عقلية ونقلية، متعدد المزايا، شديد البحث، كثير الحفظ، صحيح التصور، بارع الخط". من آثاره: (العبر وديوان المبتدأ والخبر) المعروف بمقدمة ابن خلدون وله: (مزيل الملام عن حكام الأنام)، توفي سنة ٨٠٨هـ. انظر ترجمته في الإحاطة ٣/٤٩٧، الضوء اللامع ٤/١٠٥، شذرات الذهب ٧/٧٦.

بحذفه، ثم يطبق الحكم العدل على ما يتنقح له" [١].

وقال الشيخ عبد الرحمن السعدي [٢] - رحمه الله-: "من أراد الحكم على شيء من الجزئيات فعليه أن يبن دخولها في الأحكام الكلية، وهذا أصل كبير نافع، من أحكمه علماً وعملاً نجح، ومن لم يحكمه غلط غلطاً كبيراً أو صغيراً بحسب ما حكم به من الجزئيات، وجميع أفعال المكلفين داخلة تحت هذا الأصل...فالطريق إلى الحكم: العلم التام بالواقع ليتمكن من الحكم عليه، وعند الاشتباه يرجع فيه إلى أهل الخبرة فيه" [٣].

فحاصل هذا النوع من الاجتهاد: أنه بلوغ الجهد في تتبع وجوه الحكم، والنظر في مشتبهات الأدلة، والموازنة بين الحجج التي لها مدخل في تلك الحادثة، وهو من مقتضيات العدل؛ إذ لا يتم الحكم بالحق كما ينبغي إلا بذلك [٤].

---

(١) مزيل الملام ص: ١١٥.

(٢) عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله آل سعدي الناصري التميمي، علم من أعلام الحنابلة المعاصرين، فقيه مفسر محدث، وله تحقيقات تشهد بنبوغه وعلمه، من آثاره: (تيسير الكريم الرحمن) في التفسير، و(القواعد والأصول الجامعة) و(الإرشاد في معرفة الأحكام) توفي سنة ١٣٧٦هـ. انظر ترجمته في: الأعلام للزركلي ٣/٣٤٠، علماء نجد ٢/٤٢٢.

(٣) مجموع الفوائد ص: ١٠٩.

(٤) انظر: السيل الجرار ٤/٢٨١.

وهذا النوع من الاجتهاد يقتضي جملة من الأنظار، وهي:

١- النظر في أدلة الوقوع: أعني أدلة وقوع الحوادث، وهي البينات بجميع أنواعها، والقرائن المعتبرة، والنظر فيها سابق على النظر في خصوص الحادثة؛ إذ لا تثبت الحوادث إلا بثبوت أدلتها وخلوها من المطاعن، وعلى نحو ما ذكر في تحقيق مناط الحكم في الواقعة يُجري القاضي نظره في أدلة الوقوع، فيميز المقبول منها من المردود، وينظر في المختلف فيه منها متى يراعى فيه الخلاف ومتى لا يراعى ؟، وكذلك عليه أن يعلم متى يكون الحزم في البينات ومتى يكون التسامح، وبالجملة ينقح دليل الوقوع كما ينقح الواقعة نفسها.

٢- النظر في أصحاب الوقائع: وهذا يكون بالتمييز بين المدعي والمدعى عليه، وتحقيق المناط الخاص في كل منهما، وذلك بالنظر في الحالات الفردية، وتقدير خصوصياتها، وما يليق ويصلح لها في خصوصياتها تلك؛ فإن الفروق بين الأشخاص والوقائع توجب في كثير من الأحيان أحكاماً مغايرة، "ولا يستحيل أن يكون الشيء صواباً في حق إنسان وخطأً في حق غيره، وإنما المحال أن يُحكَم في النازلة بحكمين متضادين في حق شخص واحد" [(١)].

والذي يعين على النبل في هذا المجال معرفة الباعث على ما وقع،

---

(١) فتح الباري ٧/٤٠٩.

والإحاطة بملابسات الواقعة كلها، فبذلك تظهر الفروق المؤثرة في الحكم بين الوقائع والأشخاص، وتظهر المناسبة بين الحوادث وأحكامها على نحو جلي.

٣- النظر في مدى ملاءمة الحكم للواقع والمآل: وهذا يقتضي معرفة الواقع وما هو متوقع، أي ما ينتظر أن يصير واقعاً، ومقدار المصالح والمفاسد المترتبة على تلك الأفعال وأحكامها لو طبقت عليها، ثم تمحيص المناط المناسب للحكم المناسب، وسيأتي مزيد بحث لهذا الأصل عند الحديث عن مسالك الترجيح والاجتهاد بحول الله وقوته.

٤- النظر في مصالح الرعية المندرجة في أعمال القضاة: مثل النظر في أحوال المحبوسين والأمناء والأوصياء والأوقاف وسائر الحقوق والمصالح الأخرى [1]؛ فإنه قد يكشف البحث فيها عما عساه أن يحصل من خطأ في الحكم وتنزيله على غير موضعه، فالمحبوس مثلاً ربما كان حبسه ظلماً، وربما طالت إقامته على المدة المضروبة له، والأوصياء قد يكون فيهم من تغيرت أهليته إما بفسق أو سفه أو جنون، فيعين القاضي بدله من يصلح للأمانة، وهكذا الشأن في أمناء الحاكم، - "وهم من رد إليهم الحاكم النظر في أمر الأطفال، وتفرقة الوصايا التي لم يعين لها وصي، فإن كانوا بحالهم أقرهم؛ لأن الذي قبله ولاهم، ومن

(١) انظر: روضة القضاة ١/١٣٥-١٣١، تبصرة الحكام ١/٣٥، أدب القاضي للماوردي ١/٢٢٠-٢٣٤، المغني ١٠/٩٧.

تغير حاله منهم عزله إن فسق، وإن ضعف ضم إليه أميناً"- [١].

فالحاصل: أن تحقيق المناط لا مناص منه للحاكم متى كـــان العدل مقصده وغايته، وهو من الاجتهاد الذي يتفاضل فيه القضاة، فمنهم السابق، ومنهم اللاحق، والنبوغ فيه راجع إلى العمـــل الـــدؤوب والممارسة الطويلة في ميدان القضاء، ولذلك يوصى من يريد خوض هذا الغمار أن يكتسب الخبرة بشهود مجالس الحكام والنظر في قضاياهم؛ فإن صاحب العلم المجرد تخفى عليه كثير من وجوه الحق، ولا يهتدي لمعرفتها إلا بالممارسة والعمل.



(١) المغني ٩٧/١٠.

المبحث الرابع
مسالك الاجتهاد القضائي في مسائل الخلاف

مدخل:

الناظر فيما جرى بين علماء الأمة من الخلاف الفقهي في فروع الشريعة لا يرتاب أنه نتج في جملته من اختلاف الأدلة النقلية والعقلية، وأنه تعارضت فيه المصالح والمقاصد المرجوة من شرع الحكم، ولا يرتاب أيضاً أن هؤلاء المختلفين ما اختلفوا بقصد الفرقة والاختلاف، ولكنهم نصحوا واجتهدوا، وحاموا حول مقصد واحد هو إصابة قصد الشارع المستبهم بين النفي والإثبات، واتبعوا للدليل المرشد إلى تعرف قصده، وقد توافقوا في هذين القصدين توافقاً لو ظهر معه لكل واحد منهم خلاف ما رآه لرجع إليه، ولوافق صاحبه فيه (١).

ومن هذه الجهة عُد الخلاف آيلاً إلى الوفاق، وهو ملحظ حسن من أبي إسحاق الشاطبي -رحمه الله- (٢) لكن ثمة أمور يحسن تنبيه القضاة عليها، وبها ينتظم هذا المبحث، ويمكن إجمالها في النقاط التالية:

١- وجوب تبين الأحكام:

لا يستقيم لأحد من القضاة أن يفصل بحكم لا يعلم دليله ولا موقعه

---

(١) الموافقات ٥/٢١٩.

(٢) المرجع السابق.

من الصحة والصواب سوى أنه قول فلان وهو يجد من نفسه قوة في البحث عن الدليل، والترجيح بين المشكل والمتشابه من الأقاويل، فهذا مما علم بطلانه بالضرورة، وانعقد عليه إجماع علماء الأمة -رحمهم الله- [١].

فقد قال ابن عبد البر : "وأما المفتون فغير جائز عند أحد أن يفتي ولا أن يقضي حتى يتبين له وجه ما يفتي به" [٢].

وقال أيضاً: "لا خلاف بين أئمة الأمصار في فساد التقليد" [٣].

وقال أبو عمرو بن الصلاح [٤]: "واعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو عمله موافقاً لقول أو وجه في المسألة، ويعمل بما يشاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح ولا تقيد به فقد جهل

---

(١) انظر: معالم السنن ١٦٥/٤، بدائع الصنائع ٥/٧، تبصرة الحكام ٢٢/١، كفاية الأخيار ص: ٥٥٠، المغني ٩٣/١٠.

(٢) جامع بيان العلم وفضله ٩٠٤/٢، ٩٠٨.

(٣) الجامع ٢/ ٩٩٦، وانظر: إعلام الموقعين ١٨٧/٢-٢٧٩.

(٤) عثمان بن عبد الرحمان بن عثمان بن موسى تقي الدين أبو عمرو المعروف بابن الصلاح ، علم من أعلام المذهب الشافعي، قال عنه ابن كثير: "الإمام العلامة، مفتي الشام ومحدثها، وهو في عداد الفضلاء الكبار، وكان ديّناً زاهداً ورعاً ناسكاً على طريق السلف الصالح مع الفضيلة التامة في فنون كثيرة". من آثاره: (علوم الحديث) (أدب المفتي والمستفتي). توفي سنة ٦٤٣هـ. ترجمته في: سير أعلام النبلاء ١٤٠/٢٣، البداية والنهاية ١٦٨/١٣، طبقات الشافعية لابن السبكي ١١٥/٢.

وخرق الإجماع" [١].

ومستند هذا الإجماع: قوله تعالى لنبيه داود عليه السلام: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [٢].

وقوله لخاتم أنبيائه ﷺ : ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ [٣].

وغير خاف أن التقليد من الهوى؛ لأنه ناشئ عن حب المتبوع والتعصب له، ومن ثم جُعل معيارَ الحق، وصُرف الدليل المخالف بنوع تأويل إلى ما يوافق مذهبه، وهو إن استسيغ بشرطه لبعض الناس كالعامي ومن لم يبلغ درجة الاجتهاد، فغير جائز للقاضي الذي استؤمن على العدل والحكم بين الناس بالحق الذي أنزله الله؛ لأن الحق لا ينحصر في مذهب واحد، ولذلك حذر منه أهل العلم -رحمهم الله-.

قال ابن المواز[٤]: "لا ينبغي للقاضي أن يجتهد في اختلاف الأقاويل،

---

(١) أدب المفتي والمستفتي ص: ١٢٥.

(٢) سورة ص، آية: ٢٦.

(٣) سورة المائدة، آية: ٤٨.

(٤) محمد بن إبراهيم الإسكندري بن زياد المعروف بابن المواز، علم من أعلام المذهب المالكي، وله اختيارات تفرد بها في المذهب، قال عنه ابن فرحون: "كان راسخاً في الفقه والفتيا، عالماً في ذلك، وله كتابه المشهور الكبير، وهو أجل =

وقد كره مالك ذلك، و لم يجوزه لأحد، وذلك عندي أن يقضي بقضاء بعض من مضى، ثم يقضي في ذلك الوجه بعينه على آخر بخلافه، وهو أيضاً من قول من مضى وهو في أمر واحد، ولو جاز ذلك لأحد لم يشأ أن يقضي على هذا بفتيا قوم، ويقضي في مثله بعينه على قوم بخلافه بفتيا قوم آخرين إلا فعل، فهذا ما قد عابه من مضى وكرهه مالك و لم يره صواباً" [1].

قال الشاطبي- بعد حكايته قولَ ابن المواز-: "وما قاله صواب، فإن القصد من نصب الحكام رفع التشاجر والخصام على وجه لا يلحق فيه أحدَ الخصمين ضررٌ مع عدم تطرق التهمة للحاكم، وهذا النوع من التخيير في الأقوال مضاد لهذا كله...لأنه إن كان متخيراً بلا دليل لم يكن أحد الخصمين بالحكم له أولى من الآخر؛ إذ لا مرجح عنده بالفرض إلا التشهي، فلا يمكن إنفاذ حكم على أحدهما إلا مع الحيف على الآخر، ثم إن وقعت له تلك النازلة بالنسبة إلى خصمين آخرين فكذلك، أو بالنسبة إلى الأول فكذلك، أو يحكم لهذا مرة ولهذا مرة، وكل ذلك باطل ومؤد إلى مفاسد لا تنضبط بحصر، ومن هنا شرطوا في الحاكم بلوغ درجة الاجتهاد" [2].

= كتاب ألفه المالكيون، وأصحه مسائل، وأبسطه كلاماً، وأوعبه". من آثاره: (الموازية) في الفقه المالكي وهو الذي عناه ابن فرحون. توفي سنة ٢٦٩هـ .

انظر ترجمته في: الديباج المذهب ص: ٢٣٢-٢٣٣، سير أعلام النبلاء ٦/١٣.

(١) نقله عنه الشاطبي في الموافقات ٥/٨٥-٨٦.

(٢) الموافقات ٥/٨٥-٨٦، ٩٥.

٢- الدراية بالخلاف وطرق الترجيح:

إذا كان التخيير بين الأقوال لمجرد التشهي والأغراض ممنوعاً منه في القضاء، فإنه لا محيد للقاضي عن النظر في الخلاف، والحكم بالرأي المختار بدليل ينقدح في نفسه أنه الصواب، وهذا يستلزم أن يكون على دراية بالخلاف وطرق الترجيح:

أما الخلاف: فمعرفته به تعينه على معرفة وجه الحق في الواقعة المعروضة أمامه ؛ وذلك أن هذه الواقعة قد تحتف بها أمور وملابسات توجب أن يكون الحكم فيها بخلاف ما يراه القاضي، ويكون ذلك قولاً لبعض الأئمة، وتلك الأمور هي مأخذه فيه، فإذا اطلع عليه القاضي وعرف مأخذه فيه رأى أنه المناسب للحكم، لا عن هوى وتشهي، ولكن لأن الخلاف قد يتوارد على محلين مختلفين يظنهما الرائي أنهما تواردا على محل واحد، فيُنقل ذلك على أنه خلاف، وهو في الحقيقة ليس كذلك [١].

ومن أجل هذا نص الفقهاء - رحمهم الله - على أن الدراية بمواطن الخلاف لابد منها للقاضي، ومن ذلك ما نقل عن الشافعي أنه قال: "لا يجوز للقاضي ولا المفتي أن يقضي ويفتي حتى يكون عالماً بالكتاب والسنن وعالماً باختلاف العلماء" [٢].

---

(١) ذكر الشاطبي في (الموافقات ٥/٢١٠) فصلاً خصصه لما يرجع من الخلاف في حقيقته إلى الوفاق ذكر منه هذا الموضع، فلينظر هناك .

(٢) نقله عنه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٢/٩٠٨.

قال ابن عبد البر بعد نقله لكلام الشافعي هذا: "وهذا كله مذهب مالك وسائر فقهاء المسلمين في كل مصر يشترطون أن القاضي والمفتي لا يجوز إلا أن يكون بهذه الصفات" (١).

وأما معرفته بطرق الترجيح: فلأن ذلك هو المقصود أساساً من معرفة الخلاف، وإلا فما قيمة الحفظ المجرد عن النظر والترجيح ؟ (٢).

وقد اتفق العلماء - رحمهم الله - على وجوب الترجيح على من قدر عليه عند تضارب الأدلة واختلاف الأقاويل ، وقد سبق آنفاً قول ابن الصلاح: "واعلم بأن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو عمله موافقاً لقول أو وجه في المسألة ويعمل بما يشاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح ولا تقيد به فقد جهل وخرق الإجماع" (٣).

وعلى هذا فليس للقاضي أن يحكم بقول لم ينقدح في نفسه صوابه، حتى لو فرضنا أنه قول الجمهور، أو فتوى إمام محقق، أو كان مما جرى به العمل، أو نحو ذلك مما يخال فيه الرجحان، كما أنه ليس له ترك العمل به إذا بدا له أنه الصواب ولو كان خلافَ ما تقدم.

---

(١) جامع بيان العلم وفضله ٩٠٨/٢، وانظر: روضة القضاة ٥٥/١، أدب القاضي لابن القاص ٩٨/١، أدب القاضي للماوردي ٦٤٤/١.

(٢) أدب القاضي للماوردي ٦٣٦/١-٦٣٧، تبصرة الحكام ٢٢/١.

(٣) أدب المفتي والمستفتي ص: ١٢٥، وانظر أيضاً: إعلام الموقعين ٢١١/٢، الموافقات ٦٣/٤-٦٤.

٣- اجتهاد القاضي في الأقوال هو اجتهاد في الأدلة:

إذا كان الخلاف الصادر عن أهله بشرطه معتبراً فاعتباره ليس لذاته، ولكن من جهة ما استند إليه من الأدلة المنتهضة التي يقوى في النظر اعتبارها وعدم إلغائها، ولو كان الاعتبار بالأقوال نفسها لكان الترجيح بينها بذكر مناقب أصحابها ومنزلتهم في العلم، ومع أن هذا أصل مشى عليه ثلة من أتباع المذاهب ممن رضوا بالتقليد فلا يخفى فساده وبطلانه.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه قد يقتضي الاجتهاد القضائي في مسائل الخلاف إحداث قول آخر فيها لم يسبق أن قال به أحد، وسبب ذلك: ما تقدم من أن الوقائع القضائية هي من قبيل النوازل التي تحتف بمؤثرات تقتضي في بعض الأحيان أحكاماً مغايرة للحكم الكلي، ويكون ذلك من تحقيق المناط بقسميه العام والخاص، ولا يمكن لأجل ذلك أن يستغنى فيها بالتقليد.

وعلى هذا فما يفرضه بعض الأصوليين في باب الإجماع من عدم جواز إحداث قول ثالث لا يمكن أن يعترض به على هذا الحكم لكونه بمعزل عنه؛ إذ ذاك مفروض في الأحكام الكلية مجردةً عن محالها، وما نحن فيه من قبيل البحث في المناط الذي يقترن بضمائم توجب في الغالب تأثيرها في الحكم المقرر كما سلف، وهذا أمر مشاهد معلوم [(١)].

إذا علم هذا فترجيح القاضي بين الأدلة له مسالك وطرق تختلف عن

---

(١) انظر: الموافقات ٥/٣٤٥-٣٤٦.

طرق الفقيه والمفتي؛ لما للقضاء من خصوصية تجعل الاجتهاد في حقله مميزاً وبالغ الأهمية؛ إذ إن قيمة الاجتهاد عملياً إنما تنحصر فيما يؤتي من ثمرات في تطبيقه تحقق مقاصد التشريع وأهدافه في جميع مناحي الحياة وبـــذلك أضحى القضاء الأرضَ الخصبة للاجتهاد [1].

وفي هذا السياق أشير بقدر ما يفتح الله إلى المسالك والضوابط المعتمدة في هذا المضمار، ولنفرد لكل مسلك مطلباً يخصه [2].

---

(١) انظر: المناهج الأصولية د. فتحي الدريني ص: ٣٠ .

(٢) هذه المسالك حصرها اجتهادي من الباحث، وجرى التعبير عنها بالمسالك لأن القاضي يُطلب منه سلوكها واعتبارها حال نظره في القضايا، وهي مع العوامل المؤثرة في الأحكام والقضايا التي يأتي ذكرها يكمل بعضها بعضاً .

المطلب الأول
مراعاة الضوابط العامة في الترجيح

المراد بالضوابط العامة هنا: تلك القواعد التي نص علماء الأصول على مراعاتها عند النظر في الأدلة التي ظاهرها التعارض، إما بإبطال أحد الدليلين، أو الجمع بينهما متى ما أمكن الجمع، وهم يختلفون في تقديم بعض هذه القواعد على بعض، وقد جعلوها ثلاثة أقسام: ما يرجع إلى السند، وما يرجع إلى المتن، وما يرجع إلى أمر خارجي، وليس المقصود هنا دراسة هذه القواعد، فذاك موضعه علم الأصول [١].

والمقصود: التنبيه على أن هذه القواعد مما يراعى في القضاء حال البت في الواقعة المختلف فيها، ولكن ليُعلم أنها لا تستقل بإدراك الحكم القضائي، ولا بإصابة العدل إلا على وجه الاستئناس، وسبب ذلك: أن هذه القواعد وضعت لفصل التعارض الواقع بين أدلة الأحكام، والقضاء لا يقتصر نظره على هذه الأدلة فحسب، بل ينظر فيها وفي مناطها، والنظر في الأدلة مقرونةً بمناطها يوجب في بعض الأحيان أحكاماً مغايرة للحكم الكلي كما سلف، ولذلك لا يستقيم للقاضي أن يُثبت حداً مختلفاً فيه على متهم

---

(١) انظر: المستصفى ١٦٦/٤، المحصول للرازي ٥٥٢/٥، الإحكام ٢٥٠/٤، الإبهاج ٢١٩/٣، المدخل لابن بدران ص: ٣٩٨، إرشاد الفحول ص: ٤٦٠، رسالة التعارض والترجيح للبرزنجي.

مصيراً إلى قاعدة "المثبت مقدم على النافي" والحال أن ذلك المتهم قامت به صفات أوجبت درء الحد عنه، وتبرئته من الضمان، أو اقتضت في حقه ترجيح الدليل النافي على المثبت، فالمصير إلى تلك القاعدة مرهون بتحقيق كون المتهم مناطاً للحكم، وإلا لم يصح تحكيمها لفصل التعارض.

وأيضاً: فإن التعارض الذي يختبره القاضي كما يكون في أدلة الشرع يكون في أدلة الوقوع من البينات والقرائن ونحوها، ووجوه الترجيح في هذا الضرب غير منحصرة كما قرره الشاطبي -رحمه الله-، وعلل ذلك بأن: "الوقائع الجزئية النوعية أو الشخصية لا تنحصر، ومجاري العادات تقضي بعدم الاتفاق بين الجزئيات بحيث يحكم على كل جزئي بحكم جزئي واحد، بل لا بد من ضمائم تحتف وقرائن تقترن مما يمكن تأثيره في الحكم المقرر، فيمتنع إجراؤه في جميع الجزئيات وهذا أمر مشاهد معلوم" [1].

وهذه القرائن إذا احتفت بالواقعة ربما صيرت الحكم فيها بالمرجوح راجحاً، ومن هنا نجد القضاء زاخراً بالأحكام التي هي في نظر الفقيه مرجوحة، حتى إذا بُين له وجه الحكم صار عنده راجحاً أيضاً، وهذا من خصوصيات القضاء التي تميزه عن غيره، كما يشهد به من مارس القضاء أو حضر مجالس الحكم.

---

(١) الموافقات ٥/٣٤٥-٣٤٦.

المطلب الثاني

الجمع بين النظر في القواعد الكلية والأدلة الجزئية

على القاضي المجتهد أن ينظر حال الترجيح والاجتهاد في الأدلة الجزئية على غرار ما ينظر في القواعد الكلية، وهذا لأنه قد يقوم على قول أو حكم دليل يكون العمل به قادحاً في القاعدة الكلية، "فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس؛ إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنص مثلاً في جزئي معرضاً عن كليه فقد أخطأ... فإذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة فلا بد من الجمع في النظر بينهما؛ لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئي إلا مع الحفظ على تلك القواعد؛ إذ كلية هذا معلومة ضرورة بعد الإحاطة بمقاصد الشريعة، فلا يمكن والحالة هذه أن تخرم القواعد بإلغاء ما اعتبره الشارع" (١).

وهذا مسلك لا مناص منه في تحقيق العدل الذي هو غاية القضاء، فمن مقاصد الشريعة الكبرى مثلاً "حفظ النفس"، وقد فرضت الشريعة من الأحكام، وشرعت من الشرائع الواجبة والمندوبة ما يضمن حقوقها، ويوجب حفظها من جميع المكاره، ومن ذلك أنها فرضت حقوقاً للأيتام

---

(١) الموافقات ٣/١٧٤-١٧٦.

والأرامل وذوي الحاجات من الأصناف الثمانية وغيرهم، وأوجبت على الإمام صرفها لهم من بيت مال المسلمين، فلو فرضنا أن دولة ما لا تضمن هذه الحقوق، ثم فشت أعمال النهب والقتل داخل المجتمع فإن إقامة الحد على المتورطين في ذلك لا مناص منه؛ لأن الشرع بعد تقرره لا يندفع بتفريط الناس، ولكن يبقى النظر هل يكون هذا الحكم مناسباً في حق هؤلاء ؟.

والذي يبدو لي أن المناسبة هاهنا ليست في غايتها، ولا ترقى إلى درجة التمام الذي يستوجب إذعان النفس وانقيادها لأحكام الشرع؛ وذلك أن الشريعة ما فرضت هذه الحدود إلا بعد ما فرضت ما يمنع منها، فحدودها بعد ذلك في غاية المناسبة والملاءمة، واعتبِر هذا في أصول الشريعة وفروعها تجده جلياً لا إشكال فيه، ولنضرب على ذلك أمثلة يتجلى بها هذا المقام:

فمن ذلك: أن الشرع الحكيم لما فرض القطع في جريمة السرقة فرض قبل ذلك حقاً للمحتاج في بيت المال، وألزم الإمام بصرفه إليه، وبذلك قضى على الحاجة التي هي في الغالب الباعث على أخذ أموال الناس ظلماً وعدواناً، حتى إذا سرق المحتاج بعد ذلك فإن عقوبة القطع تكون أنسب حكم يطبق على هذه الحال، ولو افتقر بيت المال بمجاعة عامَّة أو آفة مزمنة، فإن الشرع لا يكلف بما لا يطاق، ومن ثم لا يوجب إقامة هذا الحد، وهذا هو الملحظ من المحدَّث الملهم [1] عمر الفاروق رضي الله عنه

---

(١) المحدَّث هو الملهم، والملهم هو الذي يلقي في نفسه الشيء فيخبر به حدساً =

حين ترك القطع عام المجاعة [(١)] على غرار ما فعل في جملة من القضايا؛ لِما رأى من عدم ملاءمتها لظروف الناس وأوضاعهم [(٢)].

يقول ابن القيم - رحمه الله - معلقاً على هذا القضاء : "وهذا محض القياس، ومقتضى قواعد الشرع؛ فإن السَّنة إذا كانت سَنَةَ مجاعة وشدة غلب على الناس الحاجة والضرورة، فلا يكاد يسلم السارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه، ويجب على صاحب المال بذل ذلك له إما بالثمن أو مجاناً على الخلاف في ذلك، والصحيح وجوب بذله مجاناً لوجوب المواساة وإحياء النفوس مع القدرة على ذلك، والإيثار بالفضل مع ضرورة المحتاج" [(٣)].

ومنها: أن الشرع حرم السفاح، وألزم الإمام بقطع كل سبيل يفضي إليه من شرب المسكر وتذوق المخدر والتبرج والسفور ونحو ذلك مما يستدعي وقوعه، وشرع ما هو أفضل منه، وهو النكاح الذي هو الطريق

= وفراسة وهو نوع يختص به الله عز وجل من يشاء من عباده الذين اصطفى مثل عمر رضي الله عنه. النهاية لابن الأثير ١/ ٣٥٠.

(١) سيأتي تخريج هذا الأثر في المسلك الثالث، انظر: ص: (٢٣٦).

(٢) انظر نماذج من هذه القضايا في كتاب: (أوليات الفاروق السياسية) للدكتور غالب عبد الكافي، و (السياسة القضائية في عهد عمر) لمحمد الأغبش ص: ٢٣٣-٦٣٦.

(٣) إعلام الموقعين ٣/١٢.

الأمثل لابتغاء الولد والمحافظة على استمرار النوع البشري، فإذا زل المرء مع ذلك وارتكب الزنا فإن الحد في حقه يكون في غاية المناسبة، لا جرم أن يُكتفى فيه بالجلد لمن لم يحصن؛ لكونه بمعزل عن هذه المتعة، وأما المحصن فجرمه تعد ظاهر؛ إذ كان يمكنه أن يستغني بما أحله الله له عما حرم عليه، فناسبه القتل على صورة تجمع بين العقوبة والردع، وهي الرجم حتى الموت.

فلو افترضنا أن دولة ما تبيح التبرج والسفور وشرب الخمور وكل ما من شأنه أن يفضي إلى هذه الجريمة، فتطبيق الحد المشروع بعد ذلك على المتورطين فيها لا جرم أنه واجب لا مناص منه لما سلف، ولكن لا يكون مناسباً غاية المناسبة كما لو كانت الدولة لا تبيح تلك الرزايا.

وهكذا الشأن في حد القصاص والحرابة وسائر الحدود والأحكام الشرعية الأخرى لا يمكن تطبيقها على وجه مناسب تظهر فيه المصلحة المرجوة إلا بتطبيق ما من شأنه أن يمنع من ذلك، أو يكون بديلاً عنه مما هو مشروع.

غير أن الحديث هنا ليس عن منع كل الوسائل والأسباب المفضية إلى فعل ما يوجب العقوبة، فهذا غير ممكن فضلاً أن يطالب به الإمام، فإنا نعلم بالضرورة أن كل من واقع منهياً عنه فلا بد أنه توصل إليه بوسيلة، وهكذا الشأن في كل الغايات والمقاصد لا تتحقق إلا بتحقق وسائلها المشروعة أو الممنوعة.

وإنما الحديث عما شرع بديلاً عن تلك الجرائم، أو مانعاً منها مما وكل حفظه والنظر فيه للإمام، مثل صرف الحقوق إلى مستحقيها، وتشييد المعاهد والمدارس العلمية، وإرساء الولايات التي بها قوام الأمر وصلاح البلاد، مثل ولاية القضاء، وولاية المظالم[1]، وولاية الحسبة[2]، والحكم بالسياسة الشرعية التي يكون الناس معها أقرب إلى الصلاح وأبعد من الفساد وإن لم يكن ذلك منصوصاً عليه في الشريعة، وبالجملة: كل ما من شأنه أن يقطع العذر في الحكومة، وتظهر به حكمة الإسلام في ملاءمة الحكم للواقعة، فهذه الأشياء هي التي عليها مدار تطبيق الشريعة حدوداً

---

(١) وِلاية المظالم: هي السلطة القضائية العليا التي تنظر في المظالم الواقعة من ذوي النفوذ والسلطان على الأفراد مما لا يستطيع القضاء العادي أن ينظر فيه، وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين. انظر: مقدمة ابن خلدون ص: ٢٢٢، السلطة القضائية د. محمد البكر ص: ٥٢٤.

(٢) الحِسبة في اللغة: التدبير وحسن النظر، يقال: احتسبت بالشيء اعتددت به، وفلان حسن الحسبة في الأمر أي حسن التدبير والنظر فيه، وليس هو من احتساب الأجر؛ لأن ذلك فعل لله لا لغيره، كذا قال أهل اللغة.
وفي الاصطلاح: "أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله"، وهي من الوظائف التي يسندها الإمام إلى من يرتضيهم من أهل العلم والصلاح حفاظاً على حقوق الله وحقوق العامة. ينظر: المصباح المنير ١/١٣٤، تهذيب اللغة ٤/١٩٣، لسان العرب ١/٣١٤، الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٣٩١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤/٤٧.

وأحكاماً، وبها يطالب الإمام، ومتى أخل بها فإنه إما أن يضطر إلى ترك أحكام الشرع القضائية رأساً، أو يوقع الناس في حرج شديد.

ولابن القيم - رحمه الله - كلام قيم يناسب هذا السياق، ونصه: "فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال، ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها والذريعة ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء" (١).

وتدبُّر هذا الأصل يوصلنا إلى نتيجة حتمية، وهي أن الإسلام شريعة متكاملة، دين ودولة، لا يمكن أن تحقق مصالحها وتظهر حِكمها إلا بتطبيقها كاملة من دون تجزئة، فلا يستقيم في الاعتبار قضاء شرعي ودولة

---

(١) إعلام الموقعين ٣/١٣.

فاسقة!، وإن وجدت فناد على التناقض من كل الوجوه.

وهذا كله يهدي إليه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ ﴾ (١).

وقوله سبحانه: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَرُسُلِهِ وَيُرِيدُونَ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ اللَّهِ وَرُسُلِهِ وَيَقُولُونَ نُؤْمِنُ بِبَعْضٍ وَنَكْفُرُ بِبَعْضٍ وَيُرِيدُونَ أَنْ يَتَّخِذُوا بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا (١٥٠) أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا ﴾ (٢).

وقوله تعالى: ﴿ كَمَا أَنْزَلْنَا عَلَى الْمُقْتَسِمِينَ (٩٠) الَّذِينَ جَعَلُوا الْقُرْآنَ عِضِينَ (٩١) فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ (٩٢) عَمَّا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ (٣).

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٠٨.

(٢) سورة النساء، آية: ١٥٠-١٥١.

(٣) سورة الحجر، آية: ٩٠-٩٣.

المطلب الثالث

مراعاة الواقع في تقرير الحكم القضائي وتنزيله على الواقعة

"الفقه يتأثر بالواقع مثلما يؤثر فيه، ويأخذ منه مثلما يعطيه، ويتكيف معه مثلما يوجهه ويكفيه، والفقه الحق هو الذي يعرف الواقع ولا يجهله، يلتفت إليه ولا يلتفت عنه، يُعمله ولا يهمله، يبني عليه ولا يبني في فراغ" (١).

وقد ظهر مما سلف في المسلك الثاني أن الواقع روعي في الشريعة مراعاة جعلت من الإسلام الدين الشامل الخالد الذي يصلح لكل زمان ومكان، ولا يصلح الزمان والمكان إلا به، وإذا كان الأمر كذلك، فإن الخبرة بشؤون الحياة كلها وما يقوم به الناس من أوجه النشاط المختلفة في تدبير معايشهم وطرق كسبهم وانتفاعهم أضحت عنصراً أساسياً في الاجتهاد ؛ لأنها بذاتها هي متعلق الأحكام (٢) .

ولا يتأكد هذا في حق مجتهد مثلما يتأكد في حق القضاة؛ ذلك أنهم مؤتمنون على الحكم بين الناس بالعدل الذي أنزله الله والميزان الذي وضعه، وكيف يتم لهم ذلك إذا لم يعرفوا واقعهم الذي هو محل الحوادث التي يفصلون فيها ؟، فإن الأحكام تتغير بتغير الواقع تغيراً كبيراً.

---

(١) الاجتهاد بين النص والواقع د. أحمد الريسوني، ص: ٦٤.

(٢) انظر: المناهج الأصولية د. فتحي الدريني، ص: ٣٠ .

والحديث عن الواقع وأثره في تغيير الأحكام غير مقصود في هذا السياق، وسيأتي له بحث مستقل بحول الله، وإنما المقصود: أن مسائل الاجتهاد ومواقعه إذا ما عرضت على الواقع تبين فيها وجه الحق والصواب بجلاء.

ويتبين ذلك بتقرير يحسن إيراده في هذا المقام: وهو أن مسائل الاجتهاد ومواقعه تدور بين النفي والإثبات يظهر للمجتهد في كل منهما قصد الشارع، وهذا كما يجري في المسائل المطروقة بالبحث والنظر يجري كذلك في الحوادث والأمور المستجدة، والموفق من القضاة هو الذي يتعرف على مقصد الشارع في مثل هذه المسائل من جميع الطرق التي نصبها الله تعالى مُعرفة على مقاصده في أحكام الدارين [١] سواء كان مرجعها إلى الشرع أو الضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتبرة، ثم يجعل الحكم الملائم لقصد الشارع هو المقدم وعليه المعول.

ومنزلة الواقع من هذه الطرق لا تخفى على المتتبع لأحكام الشريعة في فروعها المختلفة مما له تعلق بالمعاملات، واجتهادات الصحابة رضي الله عنهم في هذا الباب لا يتسع المقام لذكرها، وفي سياسة عمر الفاروق ﷺ شيء كثير من ذلك [٢].

---

(١) انظر هذه الطرق في قواعد الأحكام لابن عبد السلام ص: ٨ .

(٢) انظر نماذج من هذه القضايا في كتاب: (أوليات الفاروق السياسية) للدكتور غالب عبد الكافي.

وإذا أمعن الباحث النظر في منصب القضاء وجده أكثر ما يتأثر بالواقع وتغيراته؛ ذلك أن القاضي كثيراً ما يبتلى بالبت في معاملات الناس، وهي مما يغلب عليه أن يتغير حكمه بتغير الأزمان والأماكن والأنظمة والأحوال.

وفي هذا السياق يرد سؤال، وهو: ما الباعث على هذا التغير ؟.

وحاصل ما يذكر في جواب هذا السؤال: أن المقصد الأسنى من ولاية القضاء هو فصل الخصومة وإنهاء المنازعة على وجه يُنصف فيه للمظلوم من الظالم، ويعطى لكل ذي حق حقه، وهذا المقصد أناطه الشارع بأحكام ثابتة بالنظر إلى أصلها متغيرة بالنسبة إلى محالّها، والنظر الأول هو نظر الفقيه خاصة، أما النظر إليها بقيد الوقوع (مقرونة بمحلها) وهو نظر القاضي فكثيراً ما يقتضي حكماً مغايراً إما بتقييد أو تخصيص أو إبطال بالكلية فيما لو عاد تطبيق الحكم على مقصد الشارع من شرعه بالإبطال؛ وسبب هذا: أن الحكم إذا أخذ مجرداً عن محله اقتضى العموم والاطراد في جميع أحوال المكلفين، فإذا قرن بمحله رأيت من الأوصاف ما يجعله متغيراً إلى ما يلائمها، وهو مقتضى تحقيق المناط، إلا أن هذا موضع دقيق ربما ضلت فيه أفهام، وزلت فيه أقدام، والمعصوم من عصمه الله.

وفي هذا يقول الشاطبي – رحمه الله: "اقتضاء الأدلة للأحكام بالنسبة إلى محالها على وجهين: أحدهما: الاقتضاء الأصلي قبل طروء العوارض، وهو الواقع على المحل مجرداً عن التوابع والإضافات، والثاني: الاقتضاء

التبعي، وهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات، فإذا تبين المعنى المراد فلا يصح الاقتصار في الاستدلال على الدليل المقتضي للحكم الأصلي إلا مجرداً عن اعتبار واقعه ومحله؛ وبيان ذلك أن الدليل المأخوذ بقيد الوقوع معناه التنزيل على المناط المعين، وتعيين المناط موجب في كثير من النوازل إلى ضمائم وتقييدات لا يشعر المكلف بها عند عدم التعيين...ومن اعتبر الأقضية والفتاوى الموجودة في القرآن والسنة وجدها على وفق هذا الأصل "[١].

ومن أبين الأمثلة على ما قرره الشاطبي هنا: رجوع عمر ﷺ عن إقامة حد السرقة على غلمة لحاطب بن أبي بلتعة [٢] بعدما أمر بتنفيذه، وضاعف عليه الغرم، وعلل ذلك بقوله: "أما والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى إن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له

---

(١) الموافقات ٢٩٢/٣، ٣٠٢.

(٢) حاطب بن أبي بلتعة بن عمرو بن عمير بن سلمة بن صعب بن سهل اللخمي، حليف بني أسد بن عبد العزى، قال ابن سعد: "شهد حاطب بدراً وأحداً والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وبعثه رسول الله ﷺ بكتاب إلى المقوقس صاحب الإسكندرية، وكان حاطب من الرماة المذكورين من أصحاب رسول الله ﷺ، ومات بالمدينة سنة ثلاثين وهو ابن خمس وستين، وصلى عليه عثمان ابن عفان. انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى ١١٤/٣، الاستيعاب ٣١٢/١، الإصابة ٥/٢.

لقطعت أيديهم، وأيم الله إذ لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك" (١).

فقضاء هذا الإمام كان على وفق القياس ومقتضى قواعد الشرع؛ فإنه لو أقام الحد مع هذه الحال لكان فيه شطط على ما يستحقه الجاني ، ولو عفا من دون تعزير لتجرأ الناس على السرقة بحجة الحاجة والمجاعة، فقضى - وهو المحدث الملهم - بما يناسب الحال، ويوافق مقصد الشارع في فض المنازعات والمنع من أسبابها وموجباتها، وتلك غاية العدل والإنصاف، وحنكة بالسياسة تحفظ لهذا الإمام رضي الله عنه وأرضاه.

فمن هنا يتبين أن مراعاة هذا التغير له صلة وثيقة بالعدل الذي هو غاية القضاء، وإذ كان الأمر بهذه الحال اقتضى أن يكون القاضي على بصيرة بالواقع ومكوناته، وبالأشياء وأوصافها، وبالأفعال وأسبابها وآثارها؛ إذ من دون هذا يمكن تنزيل الأحكام على غير ما وضعت له، أو على أكثر مما وضعت له، أو على أقل مما وضعت له، ويمكن أن يقع تعطيل الحكم مع وجود محله ومناطه، "وحين يغيب تحقيق المناط ترى ناساً ينفذون الحدود في غير موضعها، وآخرين يضعون القتال في غير موضعه، وغيرهم يضعون السلم في غير محله" (٢).

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ: ٧٤٨/٢ ومن طريقه: الشافعي في الأم ٢٣١/٧، وعبد الرزاق في المصنف ٢٣٩/١٠، وابن حزم في المحلى ٣٢٤/١١، والبيهقي في السنن ٢٧٨/٨، قال ابن حزم: "هذا الأثر عن عمر مثل الشمس" أي صحيح.

(٢) الاجتهاد بين النص والواقع ص: ٦٤.

وهذا المناط الذي يبحث فيه القاضي هو أخص مما نص عليه علماء الأصول، وقد سماه الإمام الشاطبي - رحمه الله- (تحقيق المناط الخاص)، وهو الذي لا يكتفي المجتهد فيه بتحقيق المناط بصفة عامة وإجمالية، وتنزيل الأحكام والتكاليف على من هم داخلون تحت عموم مقتضياتها، وإنما ينظر في الحالات الفردية ويقدر خصوصياتها وما يليق بها ويصلح لها:

فالنظر الأول: "نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما".

وأما الثاني: فهو "نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، وهو نظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه بحسب وقت دون وقت وحال دون حال وشخص دون شخص، فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نوراً يعرف به النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق" [١].

فالحاصل: أنه إذا ثبت لدى القاضي أن الملابسات المستجدة التي أحاطت بالحادثة أوجبت حكماً مغايراً للحكم الذي كان في فترة زمنية أو حالة معينة هو المطلوب تحصيله لزمه أن يعيد النظر في هذه

---

(١) الموافقات ٥/٢٣-٢٥، وانظر: الاجتهاد بين النص والواقع ص: ٦٥ .

الحادثة، ويحكم فيها بموجب ما تقتضيه المصلحة الزمنية التي روعيت قبل طروء هذا التغيير بناء على قاعدة هذا الباب، وهي: "أن الأحكام المترتبة على العوائد تتغير بتغير تلك العوائد" [١].

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٣. وسيجيء بحث هذه القاعدة مفصلاً بحول الله، انظر: ص: (٦٢٣).

المطلب الرابع
مراعاة المآل واعتباره في الأحكام

المَآل في لسان العرب: مصدر ميمي من آل الشيء يؤول أولاً ومآلاً بمعنى: رجع، ويأتي بمعنى الإصلاح والسياسة، يقال: آل المالَ والرعية، أي: قام بما يسوسهم ويصلح أمرهم [١].

والمراد باعتبار المآل في الاصطلاح: الحكم على مقتضى ما تؤول إليه تصرفات المكلفين وأحكامها من تحصيل المصالح ودرء المفاسد [٢].

فهاهنا نظران: نظر في مآل التصرف الذي هو موضوع الاجتهاد، ونظر في مآل حكم هذا التصرف لو طبق عليه، فالأول نظر في الأفعال، والثاني نظر في الأحكام، والمجتهد الموفق من يوازن بين المآلين، ويعرف مقدار المصالح والمفاسد فيهما، ثم يحكم بمقتضى ذلك، وهذا هو معنى مراعاة المآل، وله خاصية في القضاء تفرده عن غيره، وسيجيء الحديث عنها بعد التدليل على صحة كونه أصلاً يحتكم إليه.

أدلة اعتبار المآل:

اعتبار المآل أصل مكين في الشريعة الإسلامية معتبر فيها على غرار بقية الأصول، وهو من أبين ما يدل على كمال هذه الشريعة وبلوغها نهاية العدل.

---

(١) لسان العرب ٣٢/١١، المصباح المنير ص: ٢٩، القاموس المحيط ص: ١٢٤٤.

(٢) انظر: الاجتهاد بين النص والواقع ص: ٦٧، واعتبار المآلات ص: ١٩.

يقول الشاطبي - رحمه الله: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، [فقد يكون][1] مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة" [2].

وقد دل على هذا الذي قرره الإمام الشاطبي شواهد كثيرة يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أقسام، وهي على النحو التالي[3]:

١- الاستقراء التام لأحكام الشريعة من الكتاب والسنة وفعل

---

(١) ما بين المعقوفتين من استدراك د. عبد الله دراز بناء على أن في العبارة سقطاً لا يستقيم به المعنى . الموافقات ١٧٧/٥، حاشية رقم: (٢) .

(٢) الموافقات ١٧٧/٥-١٧٨.

(٣) انظر هذه الأدلة في: الموافقات ١٨٧/٥-١٨٢.

الصحابة رضي الله عنهم: فمن دلائل الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ (١).

ووجه الدلالة منها: أن سب الأوثان سبب في تخذيل المشركين، وتوهين الشرك وإذلال أهله، وهذه مصلحة ظاهرة، ولكن لما كان ذلك يؤول ويفضي إلى مفسدة أعظم منها وهي سبهم لله عز وجل مُنع منه، فلولا هذا المآل لكان تحصيل تلك المصلحة مأذوناً فيه (٢).

قال الشيخ عبد الرحمن السعدي - رحمه الله -: "وفي هذه الآية الكريمة دليل للقاعدة الشرعية، وهي أن الوسائل تعتبر بالأمور التي توصل إليها، وأن وسائل المحرم ولو كانت جائزة تكون محرمة إذا كانت تفضي إلى الشر" (٣).

ومنها: قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (٤).

ووجه الدلالة منها ظاهر: وهو أن قتل الجاني فيه مفسدة؛ من جهة ما في قتله من تعطيل مصالحه وحقه في الوجود، ولكن لما كانت هذه المفسدة يؤول تفويتها إلى تحصيل مفسدة أكبر منها، - وهي إهدار دم المعصوم، والتحريض على قتله، وترعيب الآمن، والأخذ

---

(١) سورة الأنعام آية: ١٠٨.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٣٧.

(٣) تفسير ابن سعدي ص: ٢٦٩.

(٤) سورة البقرة، آية: ١٧٩.

بالثأر الذي يعظم فيه القتل - أوجب الشرع الحكيم القصاص؛ تحقيقاً للعدل أولاً، ثم درءاً لهذه المفاسد، وتحصيلاً لمصلحة أخرى مرتبة على هذا الحد، وهي الردع، والإحجام عن القتل ظلماً، وفي ذلك حياة المحجم وحياة من أُحجم عن قتله [١].

ومن السنة: أن النبي ﷺ امتنع عن قتل المنافقين مع حصول موجِب القتل، وهو الكفر بعد الإيمان، والسعي في إفساد حال المسلمين فساداً أعظم من فساد سائر المخالفين في الدين، فقتلهم درءاً لمفسدة كفرهم مصلحة ظاهرة، ولكن لما كان لذلك مآل أشد ضرراً على الإسلام وأهله، وهو التنفير عن الدين وتبغيض المسلمين منع منه، ووقع التنبيه على ذلك بقوله ﷺ "لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه" [٢].

وأما فعل الصحابة ﷺ: فالواقع منه على هذا النمط كثير، ولعل من أشهر الأمثلة على ذلك: نهي عمر ﷺ عن التزوج بالكتابيات إبان فتح فارس، فقد بعث إلى حذيفة بن اليمان بعد ما ولاه المدائن: "إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها، فكتب إليه: لا أفعل

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ١٢١/٢-١٢٢، مفتاح دار السعادة ٩٦/٢.

(٢) الموافقات بتعليق الشيخ دراز، ١٨٠/٥، حاشية (٢) . والحديث أخرجه عن جابر بن عبد الله: البخاري في صحيحه: كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، (١٢٩٦/٣ح ٣٣٣٠) ، ومسلم في صحيحه: كتاب البر والصلة، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، (١٩٩٨/٤ح ٢٥٨٤) .

حتى تخبرني أحلال هي أم حرام، فكتب إليه: لا بل هي حلال، ولكـــن في نساء الأعاجم خلابة وخداع، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم" [١].

فيلاحظ أن القرآن الكريم صريح في إباحة حرائر أهل الكتاب كما في قوله تعالى: ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ ﴾ [٢]، ولكن عمر ﷺ عدل عن ذلك في مثل هذه الحال؛ إما لأن ظروف الفتح تقتضي التحفظ والحذر من كل ما هو مظنة للمساس بمصلحة الدولة اجتماعياً أو سياسياً؛ إذ ربما اطُّلع على عورات المسلمين عن طريقهن، أو حتى لا يظن الجاهل بالشريعة جواز ذلك بغير الكتابيات كالمجوسيات والمشركات، أو لما يلزم ذلك من لحوق الضرر بنساء المسلمين، وهو تعريضهن للتبتل والعنوسة، أو لغير ذلك من العلل [٣].

---

(١) الأثر أخرجه بألفاظ مختلفة عبد الرزاق في (المصنف ١٧٨/٧)، وسعيد بن منصور في (السنن ٢٢٤/١)، وابن أبي شيبة في (المصنف ٤٧٤/٣)، والبيهقي في (السنن ١٧٢/٧)، وصححه الألباني في (إرواء الغليل ٣٠١/٦) .

(٢) سورة المائدة، آية: ٥، وانظر: أحكام القرآن للجصاص ٣٢٣/٣، تفسير ابن كثير ٢١/٢، المغني ٩٩/٧.

(٣) معظم هذه العلل جاء التصريح بها في الروايات المختلفة لألفاظ الرسالة، وانظر: المغني ١٠٠/٧.

وسواء تعينت علة واحدة منها مناطاً لهذا الحكم أو تعين غيرها فذلك غير مهم، والذي يهمنا أن هذا المباح قد منع في زمن معين بالنظر إلى هذا المآل، وهو كما ترى مفسدة عامة، وولي الأمر ملزم بحمل الناس على الصلاح باتخاذ كل وسيلة لا تصادم روح الشريعة أو تناقض مقاصدها ولو بمنع المباح، وذلك من مقتضيات السياسة الشرعية التي أرسى قواعدها الإسلام، وكان للفاروق ﷺ قدم سبق في توسيع العمل بها [1].

ومن هذه الحادثة: نستخلص أن المآل كما يمكن أن يؤدي إلى بدل أخف كذلك يمكن أن يؤدي إلى بدل أثقل كما هو الحكم في خصوص هذه الحادثة، وذلك أن النظر في المآل لا يقصد به التيسير في الأحكام كما قد يفهم، ولكن يراد به تحصيل المصالح وتكثيرها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، سواء أكان الحكم المناسب لذلك فيه تيسير على الناس أو لا.

٢- أن التكاليف مشروعة لمصالح الخلق، فالعبادات بأسرها شرعت لما تفضي إليه من مصالح جليلة دنيوية وأخروية مثل تهذيب النفوس، وتزكية الأخلاق، والتربية على جميل الشيم وحسن العادات، ثم الفوز بالنعيم، ورضوان من الله أكبر.

وأما المعاملات: فمصالحها الأخروية على غرار مصالح العبادات؛ لكونها من قبيل التزام التكاليف طاعة لله، فكانت من هذا الوجه عبادة، وأما مصالحها الدنيوية فغير محصورة، ومرجعها إلى استقامة العيش وتحقيق

(١) انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د. فتحي الدريني ص: ١١١.

العدل، وكل هذه المصالح مآلات تمخض عنها ما رتب عليها من الأحكام.

٣- "أن مآلات الأعمال إما أن تكون معتبرة شرعاً أو غير معتبرة، فإن اعتبرت فهو المطلوب، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال، وذلك غير صحيح؛ لما تقدم من أن التكاليف لمصالح العباد، ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد، وأيضاً فإن ذلك يؤدي إلى أن لا نتطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهو خلاف وضع الشريعة" [1].

فهذا طرف من الأدلة الدالة على أهمية المآل، وأنه أصل مراعىً في عموم الشريعة، ويلحق بها في الدلالة على صحته كل ما كان عائداً إلى تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع، وكذلك الأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع [2].

---

(١) انظر: الموافقات ٥/١٧٩.

(٢) المرجع السابق ٥/١٨١-١٨٢.

وجه ارتباط مراعاة المآل بالقضاء [١]:

يعد اعتبار المآل في تصرفات المكلفين وأحكامها القضائية طريقاً من طرق العدل ودعامة من دعائمه الأساسية، ولا يمكن للحكم القضائي أن يكون عدلاً وصواباً من دون ربطه بمآله وما يفضي إليه؛ ذلك أن المآل هو المعيار المناسب للكشف عما عساه أن يحصل من تباين وخلل وانعدام للمناسبة بين الأحكام الظنية ومحالها من الحوادث.

ويتبين ذلك بما تقدم من أن الحوادث التي تعرض على القضاء كثيراً ما تقترن بضمائم حالية أو مآلية توجب إعادة النظر والاجتهاد فيما تقرر لها سابقاً من الأحكام الاجتهادية، وهذه خاصية تجري باطراد في الأحكام القضائية أكثر من غيرها؛ لأنها لا تصدر إلا بعد اعتبار الظروف والأحوال، ومراعاة المؤثرات في الأحكام مثل المقاصد والنيات والاحتياط والضرورات، هذا فضلاً عما يقترن بأدلة الوقوع من معايير أخرى تجعل الحكم القضائي يكتسي من الخصائص ما يميزه عن أحكام المفتي والفقيه، ولذلك لم يصح أن يكون محلاً لقياس أقضية أخرى عليه، وقد تقدم أن من خصائصه الخصوص والقصر.

ومن هنا يتجلى أن مآل الحكم القضائي متى ألغي عن الاعتبار فإن الحكم ربما كان مناقضاً لمقصود الشارع من شرعه، وذلك بلا

---

(١) انظر عن وجه ارتباط المآل بالعدل في: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص: ١٢٠-١٣٣.

شك من وضع الشيء في غير موضعه.

فإذا كان اعتبار المآل طريقاً من طرق العدل ودعامة من دعائمه فالقضاء من أبين موارده وآكدها في استعماله؛ إذ هو المنصب الذي وضعه الشارع لتحقيق هذه الغاية، كما قال الله تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ (١).

وهذا يقتضي أن يكون القاضي على دراية بما هو متوقع، أي ما يُنتظر أن يصير واقعاً، ومعرفة ذلك لا تأتي إلا من خلال المعرفة الصحيحة والدقيقة بما هو واقع، وهذا يعني أن معرفة المآل واعتبار المآل جزء من معرفة الواقع، وثمرة من ثمراتها (٢).

ثم يصدر حكمه على وفق هذا الواقع ومقتضيات ذلك المآل ، فمتى كانت المفسدة المتوقعة راجحة أو غالبة على المصلحة التي من أجلها شرع الحكم كان المطلوب دفع تلك المفسدة ولو بترك هذا الحكم؛ لأن "الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان، ومطلوبها ترجيح خير الخيرين إذا لم يمكن أن يجتمعا جميعاً، ودفع شر الشرين إذا لم يندفعا جميعاً" (٣).

على أن المفسدة في مثل هذا المآل تقضي بانخرام مناسبة الحكم

---

(١) سورة ص، آية: ٢٦.

(٢) انظر: الاجتهاد بين النص والواقع ص: ٦٧.

(٣) مجموع الفتاوى ٣٤٣/٢٣.

للوصف الذي أنيط به، على ما تقرر في علم الأصول [(١)]، فـــلا يكـــون القاضي بامتناعه عن تطبيقه في هذه الحال تاركاً لحكم شرعي، كما تقدم لنا ما يدل لذلك من الآثار ، وهذا كله حيث تلوح المفسدة راجحة على وجه اليقين أو غلبة الظن المعتبر.

---

(١) أكثر الأصوليين على أن الفعل المشروع أو الممنوع إذا لزم منه خلاف مقتضاه من المصلحة أو المفسدة فإنه يتغير حكمه إلى ما يستجلب تلك المصلحة أو يدفع تلك المفسدة، خلافاً لبعض الحنفية؛ مصيراً إلى إمكان رعاية الجهتين، أعني المصلحة والمفسدة، وهو رأي ضعيف. التقرير والتحبير ١٩٤/٣.

ثم اختلف الجمهور في بطلان مناسبة الوصف للحكم وانخرامها بذلك على قولين مشهورين:

أحدهما: بطلان هذه المناسبة؛ لأن رجحان المفسدة على المصلحة يجعل المصلحة لا قيمة لها، فنزلت منزلة العدم، وكذا لو كانت مساوية لها؛ لأن إثبات المناسبة مع التساوي ترجيح بلا مرجح، وهذا رأي ابن الحاجب وابن السبكي . بيان المختصر ١٢٠/٣، جمع الجوامع بحاشية العطار ٣٣١/٢.

الثاني: أن المناسبة بينهما قائمة على رغم اقتضائها للمفسدة؛ لأن النفع ولو كان قليلاً يسمى نفعاً لوجود الحقيقة فيه، والحقائق يستحيل انقلابها، وهذا رأي جماعة من الأصوليين منهم البيضاوي والرازي والآمدي، فعلى أن المصلحة باقية فعدم الحكم لوجود المانع، وعلى أنها زائلة فعدم الحكم لعدم المقتضي. انظر: المحصول للرازي ٢٣٨/٥، الإحكام للآمدي ٣٠٣/٣، الإبهاج للسبكي ٦٥/٣، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص: ٤٥٩.

أما إذا كان المآل يفضي إلى مفسدة مرجوحة، لم يجز إلغاء الحكم [١]؛ لأنه بالاستقراء لا توجد مصلحة خالصة في الشرع ولا في غيره، بل لا بد أن تكون المصالح مشوبة بشيء من المفاسد، غير أن الشرع لا يعتبرها؛ إذ لا يستقيم بذلك حل ولا تحريم، وفيه من التناقض والتكليف بما لا يطاق ما لا يخفى مع التدبر [٢].

ومما يقتضيه هذا القانون المحكَم: تقديم المصالح العامة (حق الله) على المصالح الخاصة (حق الفرد) إذا تزاحمت و لم يمكن تحصيلها جميعاً مع مراعاة الضرر الداخل على الفرد بتعويضه بما يدفع مضرته أو يقللها متى أمكن ذلك، وهو الذي أشار إليه الأصوليون بجبر المضرة [٣].

وهذا يستند إلى أن المصلحة المترتبة على الحق العام أعم نفعاً وأكبر قدراً، فتحصيلها مقصود للشرع بلا إشكال كما يتبين ذلك من الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها [٤].

---

(١) انظر في حكم تعارض المفاسد والمصالح: قواعد الأحكام ٨٣/١، مجموع الفتاوى ١٢٩/٢٨، مفتاح دار السعادة ١٦/٢، الموافقات ٤٤/٢-٥٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٧، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي ص: ١٩.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٥/١، الموافقات ٤٤/٢.

(٣) انظر: الموافقات ٥٧/٣، الحق للدريني ص: ١٤٩.

(٤) انظر: مفتاح دار السعادة ٩٨/٢، الموافقات ٦٧/٣.

على أن الفرد لا يتأثر بالضرر الخاص؛ لكونه من جملة من يستفيد من الحق العام، وإذا ما تم تعويضه مع ذلك فقد توافقت المصالح غاية الموافقة، وانتظمت بلا معارضة، وتم تحصيلها على وجه يشهد للشريعة بالعدالة الكاملة، والحكمة البالغة، وتلك ميزة نصبها الله أمارة على ربانية هذا الدين، وأنه من عند الله الحكيم الخبير.

فقد بان بهذا الذي تقرر هنا أن اعتبار المآل أصل من أصول الشريعة، وأنه لا غنى لمن يروم وجه الصواب في الحكم على الحوادث عن مراعاته، وإذا وزنت به مسائل الخلاف ومواضعه تبين فيها الحكم الراجح بجلاء، فمسائل الظن كثيراً ما تتقرر أحكامها مراعاة لمآل معين، وقد يسفر اختلاف الزمن والعرف عن مآل آخر لذلك الحكم يقتضي شرعه أو منعه، فمن شأن المآلات أن تختلف باختلاف الأزمان والأعراف والأحوال، ولكن ينبغي أن يتحقق من انبناء الحكم على اعتبار المآل حتى يصح إناطته به وجوداً وعدماً، وحتى لا تهدم قطعيات الشرع بحجة مراعاة المآل، فقد علم الله ورسوله والراسخون في العلم أن مآل القطعيات المراعى في شرعيتها ثابت لا يختلف مهما تبدلت الأعراف والأحوال والأزمان.

وكل مآل أفضى اعتباره إلى هدم قطعيات الملة وشرائعها فهو ضرب من التزوير والتحريف والإلحاد في الشرع، وإلا فإن هذا القانون إنما وجد لحماية الشرائع لا لهدمها، ولضبط اجتهاد المفتي والقاضي حتى لا يضع الأمور في غير موضعها، أعاذنا الله من سوء القول والعمل.

المطلب الخامس

مراعاة التوسط والاعتدال

إذا رجعنا إلى القواميس العربية لاستجلاء معنى الوَسَطية نجد أن هذه المادة لا تخرج في جميع تصاريفها عن معنى العدل والفضل والخيرية والبينية والنصف والتوسط بين طرفين [١].

وعلى هذه المعاني مدار هذه المادة في الكتاب والسنة [٢].

والوسطية بمعنى الفضل والعدل من أبرز معالم الإسلام وخصائصه الفريدة، وقد أرسى قواعدها على نحو يبهر العقول، ويشهد بعدل الله المطلق وحكمته البالغة، وهذه الصفة هي التي جعلت من الإسلام الدين العدل الذي يوافق الفطر، ويواكب الزمن على اختلاف مراحله وتنوع أعرافه، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَٰذَا صِرَٰطِي مُسْتَقِيمًا فَٱتَّبِعُوهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعُوا ٱلسُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِۦ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [٣].

والصراط المستقيم هو دين الله الواضح الذي لا اعوجاج فيه ولا تعقيد، بل هو الخير كله، وهو بمفهومه الواسع يدل على الوسطية بمعناها الشرعي، فمثلاً في سورة الفاتحة جعله الله طريق الخيار الذين أنعم عليهم ،

---

(١) انظر: تهذيب اللغة ٢١/١٣، مقاييس اللغة ١٠٨/٦، لسان العرب ٤٢٦/٧.

(٢) مفردات القرآن ص، ٥٢٢، النهاية لابن الأثير ص: ٩٧١.

(٣) سورة الأنعام، آية: ١٥٣.

وهو بين طريقي المغضوب عليهم والضالين، وفي سورة البقرة ذكره، ثم ربطه بالوسطية، فقال: ﴿يَهْدِي مَن يَشَآءُ إِلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ ﴿١٤٢﴾ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾[١].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلسُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِۦ﴾ دال بمفهومه على أن التوسط والاعتدال من خصائص الإسلام، وأن ما عداه من الأنظمة والقوانين الوضعية مسلوك بها مسلك الإفراط أو التفريط؛ لكونها لا تصدر إلا عن اعتبار المصالح المادية والمعنوية، ولا يُتمكن من هذه المصالح إلا على حساب حقوق الغير مما يوجب انشقاق المتضررين عنها، فلذلك لا يمكنها أن توحد أهلها، ولا أن تبقى مستقرة دائمة.

وهذا بخلاف القانون الشرعي، فهو دائم مستمر، وأهله في وئام تام؛ لأنه بني على المصالح المعتبرة شرعاً، وأحكامه جارية على مسلك الوسط المجانب للإفراط والتفريط؛ فإنك إذا تأملت المنهيات في الكتاب والسنة وجدتها دائرة على هذين الطرفين، وكل ما يأمر الله به فهو الوسط بينهما، وأظهر آية في ذلك: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[٢].

---

(١) سورة البقرة، آية: ١٤٢-١٤٣، وانظر: الوسطية في ضوء القرآن الكريم د.ناصر العمر ص: ٧٩.

(٢) سورة النحل، آية: ٩٠.

فالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى من مظاهر العدل والفضل، والفحشاء والمنكر والبغي من مظاهر الإفراط في استعمال القوة، والتفريط في كبح شهوات النفس ونوازع الشر، وما عدا هذه الأشياء فهو راجع إليها، ولذلك عد العلماء هذه الآية أجمع آية في القرآن، وقد روي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه [(١)].

وهذه الخاصية أعني التوسط والاعتدال تطرد في جميع أحكام الشريعة في أصولها وفروعها، فإذا تأملت منها جانب العقيدة وجدها على وفق الفطرة، فلا تدعو إلى ما يخالف مقتضى الألوهية، ولا إلى التصديق بما يتناقض في العقول على غرار ما هو موجود في كثير من الأديان الباطلة والنحل الفاسدة، بل تأخذ بك إلى معالم الهدى وسبل الرشاد، تهز فيك الوجدان، وتخاطب فيك الفطرة بما تعرفه ولا تنكره.

وإذا نظرت إلى التشريع والتكليف تجلى لك العدل المطلق والفضل التام في أحكامه وآدابه وتنظيماته، وذلك كله مصداق ما فيه من وصفه بالتيسير ورفع الحرج وأنه دين وسط، وحتى الأحكام الصارمة مثل الحدود المقدرة و العقوبات المالية والبدنية إذا ما تأملتها وجدها منطوية على معنًى يجمع بين العدل والإحسان، فهي عدل بالنسبة إلى ما فيها من مقابلة الجزاء بمثله، وإحسان بالنسبة إلى أن العقاب في الدنيا شرع كفارة

---

(١) أخرجه الطبري في تفسيره ١٤/١٦٣، وانظر: تفسير ابن كثير ٢/٥٨٣، وتفسير السعدي - تيسير الكريم الرحمن- ص: ٤٤٧.

للذنب، وزجراً عن مواقعة مثله، وهذا إحسان إلى من يجترحه ولمن ينزجر عن فعله ولمن يأمن بهذا الانزجار.

معالم الوسطية في القضاء:

وإذ كان الدين في مجمله موضوعاً على الوسطية بمفهومها الشامل فإن القضاء كان مجالاً رحباً لتمثيل هذه الحقيقة على وجه محكم البنيان، لا تخضع أحكامه للمشاعر المنحرفة، أو للأهواء والحظوظ المادية، موضوع قصداً على فض المنازعات، ووسيلة لتحقيق أسمى الغايات، يمزج في أحكامه بين الإحسان والفضل ، والصرامة والعدل.

والتوسط في باب القضاء لا يراد به الأخذ بأخف الأحكام وأيسرها، ولا بما هو أنكى وأشد في تحصيل غايته، بل هو دائر على الخيرية والعدل، فمتى رُجي من الحكم تحقيق ما قصد منه على نحو لا يكون فيه حيف على المكلف فوق ما يليق به في العدل والإنصاف، فهو الحكم الوسط، وهو شرع الله الذي أمر به، و إلا لم يكن إلى تطبيقه سبيل، فالعدل والخير هما مناط الوسطية تدور معهما وجوداً وعدماً، وكل ما جانب هذا المناط فليس من التوسط في شيء وإن سماه الناس توسطاً.

والتوسط بهذا المعنى جار في أحكام الشريعة كلها، وفي القضاء كذلك إلا أنه لا يأتي على منوال واحد، بل يختلف في مَحالّه بين التشديد والتيسير وما بينهما بحسب ما يستدعيه حال المكلف، وما يقتضيه مآل الحكم من تحقيق المصالح المرتبة عليه أو عدم تحقيقها.

يقول الشاطبي - رحمه الله - : "الشريعة كلها جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل...فإن كان التشريع لأجل انحراف المكلّف أو وجود مظنّة انحرافٍ عن الوسط إلى أحد الطرفين كان التشريع رداً إلى الوسط الأعدل لكن على وجه يميل فيه إلى الجانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه فِعْلَ الطبيب الرفيق يحمل المريضَ على ما فيه صلاحه بحسب حاله وعادته وقوة مرضه وضعفه، حتى إذا استقلت صحته هيّأ طريقاً في التدبير وسطاً لائقاً به في جميع أحواله ... فإذا نظرت في كلية شرعية فتأمّلْها تجدْها حاملة على التوسط، فإن رأيت ميلاً إلى جهة طرف من الأطراف فذلك في مقابلة واقعٍ أو متوقَّع في الطرف الآخر، فطرف التشديد وعامة ما يكون في التخويف والترهيب والزجر يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين، وطرف التخفيف وعامة ما يكون في الترجية والترغيب والترخيص يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الحرج في التشديد، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك رأيت التوسط لائحاً، ومسلك الاعتدال واضحاً، وهو الأصل الذي يرجع إليه ، والمعقل الذي يلجأ إليه" [(١)].

وهكذا تجد الشريعة أبداً في مواردها، وإذا تأملت أقضية النبي ﷺ وخلفائه الراشدين من بعده وجدها جارية على هذا السَّنن، فكثيراً ما تجد فيها تباين الأحكام بين القضايا مع أنها ربما كانت من جنس واحد، وهذا بخلاف الأحكام الفقهية الأخرى فلم يعهد لها في الشرع هذا النمط من

(١) الموافقات ٢/٢٧٩- ٢٨٦.

الاجتهاد؛ لأن القضاء مبناه على السياسة التي تحقق العدل وتحمل الناس على الصلاح، وذلك يختلف باختلاف الأوضاع والأحوال، وما حكم به النبي ﷺ وأصحابه مما هو من هذا القبيل فهو من تأويل القرآن والسنة، وهو من السياسات الجزئية التابعة للمصالح، فتتقيد بها زماناً ومكاناً، فلا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه [١].

وإذا كان التوسط بهذا المعنى جارياً على معهود الشرع في القضاء فالواجب على القاضي أن يتقيد به في جميع أعماله، سواء في النظر في أدلة الإثبات، أو في بحثه عن المناط المناسب لحكمه، أو في كيفية تنفيذ الحكم على الجاني والمتهم، والوسط في هذه الأعمال لا يطرد على نسق واحد، بل هو في كل شيء بحسبه:

١- التوسط في البحث والنظر:

فأما التوسط في باب البحث والنظر: فيعني إعمال جميع مدارك الأحكام التي نصبها الشارع معرفات على أحكامه من الوحي والعقل والحس على وجه لا يؤدي إلى التضارب بينها أو تقديم بعضها على بعض، بل يوفق بينها بما يوصله إلى الصواب، ولا يؤدي إلى تعطيل حكم قطعي، أو مناقضة لقصد الشارع من شرع الحكم [٢].

---

(١) انظر: الطرق الحكمية ص: ١٤-١٨.

(٢) انظر: وسطية الإسلام، مقال ضمن مجلة البيان لعثمان ضميرية ع ١٦٧ ص: ١٦.

وهذا لأن العقل وحده لا يستقل بإدراك النفع والضر، ولا المصالح والمفاسد المعتبرة إلا بنقل يهديه لذلك، وهو الكتاب والسنة الصحيحة[١]، وكذلك الجري وراء ظواهر النصوص من دون تعقلها والنظر في مآلها قد يؤدي في بعض الوقائع إلى ما يناقض مقصد الشارع ، فإذن لا جرم أن يزاوَج في النظر والاجتهاد بين النقل والعقل والحس، وليعلم أن الأدلة الشرعية الصحيحة لا تنافي قضايا العقول ولا الفطر السليمة، ولكن لقصور في النظر يخال صاحبه أنهما متخالفان أو متناقضان، ولو أمعن النظر لما رأى بينهما تضارباً ولا اختلافاً.

٢- التوسط في الأحكام:

وأما التوسط في الأحكام: فهو دائر بين الفضل والعدل بحسب متعلقه منها، فما كان من الأحكام متعلقاً بحقوق الله المحضة أو الغالبة فالوسط فيها بالتخفيف والتيسير، ودفعها ما أمكن؛ لأن "حقوق الله مبنية على المسامحة" [٢]، وهذه هي الجادة من حيث الأصل، وقد يؤخذ فيها

(١) انظر قواعد الأحكام ٨/١، الاعتصام للشاطبي ١٨٤/١.

(٢) هذه قاعدة فقهية أعملها الفقهاء في فروع كثيرة، وهي دالة بمفهومها على أن حقوق العبادة مبنية على التشاح والمضايقة، وهو أصل منتزع من قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ لِيُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا مُصْلِحُونَ ﴾ [هود: ١١٧]. قال الرازي: "والمعنى أنه تعالى لا يهلك أهل القرى بمجرد كونهم مشركين إذا كانوا مصلحين في المعاملات فيما بينهم، بل إنما ينزل ذلك الهلاك والعذاب إذا =

بالحزم فيما لو كان ذلك هو الأليق بالمكلف.

ومثال هذا: أن النبي ﷺ درأ حد الزنا عمن أقر بـه، وقـال لـه: "اذهب فإن الله قد غفر لك حدك" كما ثبت ذلك في الصحيحين [(١)].

= أساؤوا في المعاملات، وسعوا في الإيذاء والظلم، ولهذا قال الفقهاء: إن حقوق الله تعالى مبناها على المسامحة والمساهلة، وحقوق العباد مبناها على الضيق والشح". التفسير الكبير (مفاتيح الغيب ٦١/١٨).

والقاعدة نص عليها بهذا اللفظ الزركشي في المنثور ٥٩/٢، وأوردها بعض الفقهاء والأصوليين في سياق التعليل والتدليل على تقديم حق العبد على حق الله. انظر: الإحكام للآمدي ٢٦٣/٣، الإبهاج ٢٤١/٣، المغني ٣٣٤/٩.

(١) صحيح البخاري، كتاب المحاربين، باب إذا أقر بالحد ولم يبين هل للإمام أن يستر عليه، (٢٥٠١/٦ح ٦٤٣٧)، صحيح مسلم، كتاب التوبة، باب قوله تعالى: {إن الحسنات يذهبن السيئات} (٢١١٧/٤ ح ٢٧٦٤).

ويلاحظ أن البخاري -رحمه الله- يرى أن السبب في إسقاط هذا الحد كون السائل لم يكشف عن جرمه، وهو قول جملة من أهل العلم، ومنهم من رأى أن ذلك كان معصية لا تبلغ الحد، وهو اختيار النووي، وبوب عليه بالآية، وتحكم آخرون فقالوا: إن ذلك يختص بالرجل المذكور في القصة، إلا أن هذا كله يرده التصريح بلفظ الزنا في بعض طرق الحديث كما أخرجه ابن حزم في (المحلى ١٢٧/١١) وسنده سند هذا الحديث، وروي أيضاً في قصة المرأة التي وقع عليها رجل في سواد الصبح وهي تعمد إلى المسجد، وفيها أنه لما اعترف الفاعل بالزنا درئ الحد عن المتهم، وقال النبي ﷺ للفاعل: "أما أنت =

فهذا الصحابي الجليل ﷺ لما جاء تائباً بنفسه من غير أن يُطلب غَفر الله له، ولم يُقم عليه الحد الذي اعترف به؛ اكتفاء بتوبته، ولما كان الحد هو اللائق والأنفع لماعز [(١)] والغامدية [(٢)] -رضي اللهه عنـــهما- أقـــيم

= فقد غفر الله لك وقال للذي أعاها قولاً حسناً"، أخرجه النسائي في السنن (٣١٣/٤ ح ٧٣١١) وابن الجارود في (المنتقى ٢٠٩/١) وابن حزم في (المحلى بالآثار ١٢٦/١١) والبيهقي في (السنن ٣١٣/٤) .

وذهب ابن القيم -رحمه الله- تبعاً لشيخه إلى أن هذا الحد سقط لمكان التوبة التي حصلت قبل القدرة، وأن الإمام مخير بين أن يتركه كما قال لصاحب الحد الذي اعترف به: اذهب فقد غفر الله لك، وبين أن يقيمه كما أقامه على ماعز والغامدية لما اختارا إقامته، وأبيا إلا التطهير به، ولذلك رددهما النبي ﷺ مراراً، وهما يأبيان إلا إقامته عليهما، قال: "وهذا المسلك وسط بين مسلك من يقول: لا تجوز إقامته بعد التوبة البتة، وبين مسلك من يقول: لا أثر للتوبة في إسقاطه البتة، وإذا تأملت السنة رأيتها لا تدل إلا على هذا القول الوسط والله أعلم" . إعلام الموقعين ٩٨/٢، وانظر: المحلى ١٢٦/١١، أحكام القرآن لابن العربي ١١٥/٢، المغني ١٣٠/٩، مجموع الفتاوى ٣١/١٦، فتح الباري ١٣٤/١٢-١٣٥.

(١) ماعز بن مالك الأسلمي، قيل اسمه عُرَيب وماعز لقبه، معدود في المدنيين من الصحابة، وكتب له النبي ﷺ كتاباً بإسلام قومه، وهو الذي أصاب الذنب، ثم ندم، وقال عنه النبي ﷺ: لقد تاب توبة لو تابها طائفة من أمتي لأجزت عنهم. الطبقات الكبرى ٣٢٤/٤، الاستيعاب ١٣٤٥/٣، الإصابة ٤٩٧/٤، ٧٠٥/٥.

(٢) هي: سبيعة بنت فرج القرشية، معدودة في الصحابيات، وهي المرأة التي =

عليهما مع أنهما كانا تائبين [١].

ومما يقتضيه هذا الأصل: أنه لا ينبغي للقاضي أن يتحرى في إثبات الحقوق التي لا مشاحة فيها، بل يدفعها ما وجد لها مسلكاً؛ لقول النبي ﷺ: "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً" [٢].

= أصابت الذنب، فجاءت النبي ﷺ وقالت له: طهرني فأرجأها حتى وضعت حملها، فرجمت وصلى عليها، وقال: "لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له". انظر: الإصابة في معرفة الصحابة ٦٩٢/٧.

(١) قصة ماعز: أخرجها البخاري في صحيحه: كتاب المحاربين ، باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو قبلت أو غمزت ؟ (٢٥٠٢/٦ح ٦٤٣٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (١٣٢٠/٣ح ١٦٩٤)، وقصة الغامدية: أخرجها مسلم في صحيحه في الكتاب والباب السابقين (١٣٢٢/٣ح ١٦٩٥) .

(٢) الحديث أخرجه بهذا اللفظ: ابن ماجه في السنن، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، (٨٥٠/٢ ح ٢٥٤٥)، وقد تُكلم فيه، لكن له شواهد يرتقي بها إلى درجة الحسن، قال ابن حجر: "وأصح ما في الباب: أثر ابن مسعود: "ادرؤا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم"، التلخيص الحبير ٥٦/٤، وقال الشوكاني: "وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه، فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة". نيل الأوطار ٢٧٢/٧، وانظر: نصب الراية٣٠٩/٣.

وعلى هذا فإنه ينظر في الشهود وأحوالهم، ولا يقبل قول من لا تجوز شهادته منهم ولو كان خلاف مذهبه إن كان للخلاف مدرك قوي.

ولا يعني هذا أن يسعى لتعطيل حدود الله، فإنها إذا وجبت لم يحل إسقاطها بحال، وإسقاط من الإثم العظيم، وإنما المراد أن يلتمس لها المخارج، وأن لا تقام إلا حيث يتيقن حكمها، وإذا دخلها الخلاف المعتبر أضحت الشبهة فيها لائحة، فلا معنى للإقدام عليها بعد ذلك، "وقاعدة الدماء مبناها في الشرع على الاحتياط، وأن لا تراق إلا بالبينة العادلة أو بالاعتراف" [(١)].

وأما ما يتعلق بحقوق العباد: فالوسط فيها أن يتحرى إعطاء كل ذي حق حقه، على وجه لا يثبت معه ضرر على أحد المتخاصمين؛ لأنها مبنية على التشاح والمضايقة، "وحق الغير محافظ عليه شرعاً" [(٢)].

ومرجع هذا الحزم إلى اعتبار المآل، وما ينتج عن التساهل في حقوق الآدميين من المفاسد العظيمة والنتائج الوخيمة، فإن المتضرر إذا لم يتمكن من استرجاع حقه عن طريق العدالة والقضاء فإنه غالباً ما يلجأ إلى المكر والخديعة لاسترجاع حقه، ويسعى مع ذلك للنكاية بخصمه على وجه يفوق ما يستحقه بالعدل، فمن هنا وجب الحزم في هذا الحق، وعدم التساهل فيه.

---

(١) بداية المجتهد ٢/٩٠.

(٢) الموافقات ٢/٥٤٥.

وإذا انتفى هذا المآل والمحذور المتوقع بتنازل الخصم عن حقه وإسقاط ما يقبل الإسقاط إما عفواً أو على صلح فلا جرم أن حقه يسقط، ثم للقاضي أن يعزر الجاني إن استصلح تعزيره.

وخير له أن يسعى إلى الصلح بين الخصوم، فهو أحرى بتحقيق مقصد الحكم، والتأليف بينهم سيما بين الأقارب، وقد قال عمر ﷺ: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن" [١].

يقول الشاطبي - رحمه الله -: "فإذا ابتلي المكلف بفوات نفسه أو عقله أو عضو من أعضائه، ولم يكن ذلك راجعاً إلى كسبه ولا تسببه، فهنالك يتمحض حق العبد؛ إذ ما وقع لا يمكن رفعه، فله الخيرة فيمن تعدى عليه؛ لأنه قد صار حقاً مستوفىً في الغير كدين من الديون، فإن شاء استوفاه وإن شاء تركه، وتركه هو الأولى إبقاء على الكلي، وجرياً على عادة الشريعة في تحصيل مصلحة الطرفين ما أمكن، لقوله تعالى: ﴿ وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَٰلِكَ لَمِنْ عَزْمِ ٱلْأُمُورِ ﴾" [٢].

---

(١) الأثر أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٣٠٣/٨)، وابن أبي شيبة في (المصنف ٥٣٤/٤)، والبيهقي في (السنن ٦٦/٦)، وقال: "الروايات عن عمر في هذا منقطعة"، ولكن له شواهد من حيث الأصل؛ فإن الصلح مشروع بنصوص الكتاب والسنة.

(٢) سورة الشورى، آية: ٤٣، وانظر: الموافقات ١٠٥/٣.

ومن هنا يظهر أن الشرع الحكيم لا يكتفي بالفصل بين الخصوم، ثم الوقوف موقف المحايد، بل يحثهم على تلافي النـزاع ما أمكن، والتعاون على البر، ويرغب المظلوم في العفو والإيثار وإنظار المعسر أو التصدق عليه، وكل هذا من الدعائم الخلقية التي مُزجت بالقضاء لإحلال الوئام بين الناس، والتقليل من تداعيات النزاع ونتائجه الوخيمة فيما لو أصر من توجه له الحق على استيفاء حقه كاملاً، وأقل ذلك ثبوت الضغائن بينهم أحقاباً مديدة.

ونجد أن الإسلام قد أجرى هذه القيم مع غير المسلمين أيضاً حتى يشهدوا من محاسنه وينضموا تحت لوائه، فها هو يتفضل على (المؤلفة قلوبهم) بنصيب من المال يأخذونه على فقرهم وغناهم، وهذا من سياسة الإسلام وحسن تدبيره، فإن من الناس من لا يردعه إلا الإحسان، فيدعى إلى الله من بابه، ويكون ذلك أنفع له مما لو دعي بالحزم والشدة [١].

وها هو ذا أيضاً يرغب في الإسلام والانضمام تحت لوائه ، فيقرر إعفاء الجناة الحربيين من جميع الحقوق، سواء منها حق الله وحق الآدمي، ويعلنه مبدأً شامخاً محكماً إلى يوم القيامة: ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾[٢].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٧٨/٨.

(٢) سورة الأنفال، آية: ٣٨.

يقول ابن عبد البر: "وقد أجمع علماء المسلمين على أن الكفار إذا انتهوا وتابوا من كفرهم غفر لهم كل ما سلف، وسقط عنهم كل ما كان لزمهم في حال الكفر من حقوق الله عز وجل وحقوق المسلمين قبل أن يقدروا عليهم، وبعد أن يقدروا عليهم ويصيروا في أيدي المسلمين، فلا يحل قتلهم بإجماع المسلمين، ولا يؤخذون بشيء جنوه في مال أو دم"[(١)].

وهذا التوفيق بين القواعد القضائية والقيم الخلقية على هذا النحو يشهد ببلوغ الإسلام في الرحمة والعدالة والحكمة مبلغاً لا يتناهى، وهي ميزة الشريعة الإسلامية باعتبارها لم تأت للتنظيم وإقرار الجزاء والعقاب الدنيوي فحسب، بل جاءت أيضاً للإصلاح والتكوين النفسي، وهو إصلاح جذري، لا يغني عنه تنظيم العلاقات الاجتماعية، وتحديد سلوك الأفراد في صورها المادية، وهذه الظاهرة هي التي تفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية، فللشريعة منطق يختلف عن منطق القانون في التشريع [(٢)].

والمقصود: أن على القاضي أن يكون فقيهاً بالحقوق ومراتبها ليعرف ما يُقدَّم منها وما يؤخر، وما يتسامح فيه وما يطلب فيه الحزم؛ "فإن الحقوق المتعلقة بالمكلف على أصناف كثيرة، وأحكامها تختلف كثيراً حسبما تعطيه أصول الأدلة" [(٣)].

---

(١) الاستذكار ٧/٥٥١.

(٢) انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص: ٩١-٩٤.

(٣) الاعتصام ٢/٣١٥.

وهو باب تتشابه فروعه، ولا تكاد تنضبط، واتفاق الفقهاء في هذا الباب إنما يحصل في الأمور الكلية، كقولهم: "حقوق الله لا تقبل الإسقاط"، أو "مبناها على المسامحة"، و"حقوق العباد مبنية على التشاح والمضايقة"، فإذا استقرأت فروع هذه الكليات وجدت الخلاف مطرداً فيها جميعاً، وذلك يحصل من جهة اختلافهم هل ذلك الفرع مندرج في كليه أو خارج عنه ؟ وليس الشأن في معرفة ما يختص بالحقوق من الأحكام، فتلك قضية يسهل تصورها وحفظها، "وإنما الشأن كله في فهم الفرق بين ما هو حق لله وحق للعباد" (١).

٣- التوسط في تنفيذ الأحكام:

وأما التوسط في تنفيذ الأحكام: فمبناه على مراعاة حال من ثبت عليه الحق، فيكلف بحسب ما يطيقه ولا يشق عليه؛ لأن الفرض هناك أن المنازعة فُضت، والحقوق تعينت، وذلك هو قصد الشارع من القضاء، فتستوفى الحقوق بعد ذلك على أحسن الأحوال.

قال العِز بن عبد السلام (٢) -رحمه الله-: "الاقتصاد رتبة بين رتبتين،

---

(١) الموافقات ٣/١٠٥.

(٢) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الشافعي، قال السبكي: "سلطان العلماء، إمام عصره بلا مدافعة، المطلع على حقائق الشريعة ومقاصدها، لم ير مثل نفسه، ولا رأى من رآه مثله" من آثاره: (قواعد الأحكام). ت:٦٦٠هـ. انظر: طبقات الشافعية للسبكي ٨/٢٠٩. و لابن قاضي شهبة ٢/١٠٩.

ومنزلة بين منزلتين، والمنازل ثلاثة : التقصير في جلب المصالح، والإسراف في جلبها، والاقتصاد بينهما...والاقتصاد في العقوبات والحدود والتعزيرات: أن يعاقب كل واحد من الجناة على حسب قوته وحاله وضعفه" [(١)].

وعلى هذا: فإن كان معسراً في دين أنظر إن رجي سداده، وإلا دفع عنه الحق من بيت المال، وإن كان مريضاً أو في وقت غير مناسب واستوجب عقاباً في بدنه ونفسه بحد فما دونه أرجئت عقوبته حتى يبرأ من علته، ويتناسبَ الحال، وإلا عجلت ما لم يلزم من ذلك إضراره فوق ما يليق به في العدل والإنصاف؛ "فإن الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها " [(٢)].

وليس الغرض في هذا السياق ذكر أحكام هذه المسائل، فذاك له موضع آخر، وإنما جرى ذكرها هنا للتمثيل على التوسط في باب الجزاء، وأنه أصل مقصود للشرع، فعليه يدير القاضي حكمه، ويحتكم إليه في الترجيح بين الأقوال، وفي تقدير العقوبات والحقوق التي لم يرد بشأنها نص شرعي، وفي كيفية تنفيذها، فإن معيار الوسطية ما وزن به شيء إلا ظهر فيه وجه الحق والصواب على نحو تشهد العقول بحسنه ورجحانه.

---

(١) قواعد الأحكام ٢/١٧٤.

(٢) الموافقات ١٨٩/٥، وانظر: قواعد الأحكام ٢/١٧٦، إعلام الموقعين ٣/٧.

ومتى أهمل القاضي هذا الأصل فإنه سيضع الأمور في غير موضعها، ويزن الأشياء بغير ميزانها، وما يترتب على ذلك من الفساد أضعافُ أضعافِ ما يستجلبه من المصالح، فيعود مناقضاً لمقاصد الشريعة من حيث يظن أنه موافق لها، وهادماً لمصالحها من حيث يظن أنه حافظ لها، وما أخطأ قاض في الحكم إلا على حسن نية.

وفقهاؤنا -رحمهم الله- قد كان هذا ديدنهم ومبتغاهم، أعني أنهم كانوا يرومون التوسط في مذاهبهم وأقوالهم جرياً على سَنن القرآن وعادة التشريع، إلا أنه لا ينكر أن طرفاً من تلك الاجتهادات جاءت مجانبة للوسطية إما إلى طرف التخفيف المخل أو التشديد الممل، ولعل أليق محمل لها أن تحمل على أنها صدرت مراعاة لظروف أو حالات معينة كانت أليق بها من غيرها، ثم دُوِّن ذلك على أنه شرع مطرد في جميع الأزمان والأحوال، والنظر يقطع بأنه لو علم أرباب تلك المذاهب ما تصير إليه الأزمان لكان لهم رأي آخر.

على أنه قد لا يكون طائل من نقد هذه الاجتهادات؛ فإن الحديث هنا عن الوسطية في القضاء وهي لها معيار آخر غير معيار الفقيه؛ لأنها تعتمد أساساً على الواقع والمآل بإزاء ما تعتمده من القواعد العامة والأصول الكلية، بخلاف الفقه فهو ينظر إلى الوسطية كقاعدة عامة للتشريع دون مراعاة التغيرات وخصوصيات القضاء.

ولكن يحسن انتقاد هذه الاجتهادات من جهة أن كثيراً ممن

يجمدون على المنقول يرمون القضاة الذين ثبتت عدالتهم بألوان من البهتان بحجة المخالفة للشرع، والخروج عن مسار السلف، وهم معذورون في ذلك لبعدهم عن هذا المنصب؛ فإن للقضاء خصوصية لا تدرك إلا بالممارسة، ولذلك قال أيوب بن سليمان المعافري (١): "لولا حضوري مجالس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه الأمير سليمان بن أسود (٢)، وأنا يومئذ أحفظ (المدونة) و(المستخرجة) الحفظ المتقن" (٣).

---

(١) أيوب بن سليمان بن صالح بن هشيم المعافري أبو صالح القرطبي، "كان فقيها حافظاً مفتياً، دارت الشورى عليه وعلى صاحبه ابن لبابة في أيامهما، سمع من العتبي وغيره، توفي سنة ٣٠١هـ". ترجمته في تاريخ علماء الأندلس ١/١٠٢، الديباج المذهب ص: ٩٨.

(٢) سليمان بن أسود بن يعيش بن سليمان الغافقي، أبو أيوب الأندلسي القرطبي، من فقهاء المالكية، ولي قضاء الجماعة في قرطبة، "وكان رجلاً صالحاً متقشفاً" توفي في حدود سنة ٢٦٠هـ وعاش تسعة وتسعين عاماً وعشرة أشهر . انظر: قضاة قرطبة للخشني ص: ١٠٧، المغرب في حلا المغرب ١/ ١٥١، المرقبة العليا للنباهي ص: ٥٦-٥٩.

(٣) الإعلام بنوازل الحكام ١/٢٤. وقد نقل ابن فرحون في مقدمة (التبصرة) هذا النص، ونسبه إلى ابن سهل أي جعله من قوله، وذلك خطأ فيما أرى، فإن ابن سهل ولد بعد وفاة سليمان بن أسود بنحو قرن، فكيف يقول إنه شاوره ؟، والعبارة في كتاب ابن سهل صريحة في أن الكلام لأيوب بن سليمان، والله أعلم.

وإذا تأملت هذا الباب ظهر لك فساد طائفة أخرى تقابل هذه على طرف آخر، وهي التي تذهب في معنى الوسطية مذهب التمييع والانحلال، ووسْمِ أحكام الدين بالرجعية والتطرف والقصور عن مواكبة العصر، والحيلولة دون اللحاق بركب الرقي والحضارة والازدهار.

وقد كان للقضاء الشرعي النصيب الأوفر من هذه الاتهامات، فتراهم ينادون بإسقاط الحدود، ويقولون: هي انتهاك لحقوق الإنسان في منافعه، وبشاعة في شكله ومنظره، ثم يقترحون ما يرونه وسطاً، وهو السجن أو الغرامة، وتراهم يطالبون بتسوية الذكر بالأنثى في الميراث والقضاء وسائر ما فرق الله بينهما فيه، ويقولون: ضرورة فرضتها التغيرات واختلاف الأزمان، وهذا حل وسط، وهو من مقتضيات العدل، وهكذا فعلوا في سائر أحكام المعاملات مما يحكم فيه القضاة، غيروها، وافترضوا لها حلولاً رأوا أنها وسط !.

ومثل هذه الأحكام وإن كان منشؤها في الحقيقة من الهوى، فالذي يبهت فيها كونها جُعلت من الوسط الذي يعرفه العقل ولا ينكره، مع أننا نقطع بمحض العقل والفطرة وشهادة الحس بأنها منافية كل التنافي للوسط.

فالحدود التي فرضها الله قد ترتبت عليها غايتها وحكمتها من العدل والردع والأمن على أكمل وجه وأحسنه، والاعتياض عنها بالسجن أو الغرامة لا يمكنه أن يؤدي إلى هذه الغاية بحال؛ "فإن الجناية إذا كانت على النفوس والأعضاء تُدخل من الغيظ والحنق والعداوة على المجني عليه

وأوليائه، ومن الغضاضة والعار، واحتمال الضيم، والحمية، والتحرق لأخذ الثأر ما لا يجبره المال أبداً، حتى إن أولادهم وأعقابهم ليعيرون بذلك" [1].

وأما جريمة السرقة: فالاعتياض عن حدها بالغرامة قد يبدو وسطاً لما فيه من التعويض بالمثل، لكن لا يتحقق بذلك الأمن الذي يهدف إليه هذا الحد، والسجن لا يردع السارق عن فعله فضلاً عن غيره، على أن هذا الحد أندر ما طبق من الحدود في تاريخ الإسلام؛ لكونه مُناطاً بشروط قل أن تجتمع، ومع ذلك فمجرد إعلانه شرعاً يحقق مقصود الشارع من شرعه.

والقائل بأن هذه الحدود "تجعل المجتمع مجموعة من المشوهين" [2] بنى ذلك على تجويز أن يكون هذا الحد غير رادع، وهو خيال محض ونظر قاصر؛ لكونه سلباً للعلة عن معلولها وفصلاً للحكم عن حكمته، وهذا محال في الشرع؛ إذ لو كان غير رادع لم يشرع، على أن هذا قلب للحقائق؛ فإن الإسلام لم يأت بتشويه الخلق، وإنما جاء برعاية مصالحهم وحراستها، فمع إقامة هذه الحدود تحفظ النفوس، وتسلم الأطراف، فقطع اليد الواحدة سلامة لغيرها، وقتل النفس الواحدة حياة لغيرها، وهذا مقتضى تركيب العلة على معلولها.

---

(١) إعلام الموقعين ٢/١٢٤.

(٢) قائل ذلك: عبد الله العلايلي في كتابه: (أين الخطأ تصحيح مفاهيم ونظرة تجديد ص: ٧١-٧٦).

وأما التسوية بين الذكر والأنثى في الميراث: فهو حِباء للأنثى وظلم للذكر ؛ فإن المورث إنما ينتفع من الذكر أكثر من الأنثى، ويتعصب به دونها، وهو خليفته في رعاية مصالحه، وتزويج بناته وأخواته، وليس للأنثى من ذلك شيء، ومن أجل ذلك كان العرب في جاهليتهم يحرمونها من الميراث، لكن شرع الله أحكم، وهديه أقوم، فأورثهما معاً، وزاد للذكر في نصيبه مقابل ذلك النفع، وعلى هذا شرع في الإسلام أن يعق عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة؛ لأن الشكر يعظم بعظم المنة، وهذا الحكم لو لم يرد به الشرع لاهتدى إليه العقل؛ فإن العقل الصريح لا يخالف النقل الصحيح.

وهذا أصل متقرر هنا، وإذا تأملت بقية الأحكام وجدتها على هذا المنوال، حاملة على الأصلح، جارية مجرى التوسط الذي تعرفه العقول، وهو برهان على أن هذا الدين من عند الله الحكيم الخبير، ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا﴾[1].

---

(١) سورة النساء، آية: ٨٢.

المطلب السادس
مراعاة الخلاف

بالنظر في الخلاف الفقهي المعتبر يلفى أنه من أقوى وأولى ما يجب مراعاته في الأحكام ؛ ذلك أن الأدلة إذا تعارضت في أنظار المجتهدين فالمصير إلى الراجح منها أمر اجتهادي ليس هو شرعاً قطعياً، فقد يكون الحق في نفس الأمر كائناً في القول المرجوح حتى لو بدا ضعفه أول مرة، إلا أن التعبد حصل بما يبدو للمجتهد رجحانه لئلا تضطربَ الأحكام ويقعَ المكلف في التخيير الذي هو مناف للتكليف، وإذا كان الأمر كذلك فإنه قد تحتف بالحادثة والمسألة ما يقوي جانب المخالف إما على جهة الاحتياط وتبرئة الذمة كما في الخروج من الخلاف، وإما على جهة تحصيل المصلحة الشرعية، وتضييق هوة الخلاف، وهو المصطلح عليه بمراعاة الخلاف، ومع جواز هذا الافتراض - أعني إمكان أن يكون الحق في الجانب المرجوح- قوي اعتبار الخلاف، وثار القول بمراعاته، حتى عد أصلاً من أصول مذهب مالك [1].

وفيما يلي بحث ما يتعلق بهذا الموضوع:

---

(١) انظر: البيان والتحصيل ٤١٩/٣، المفهم للقرطبي ٤٩١/٤-٤٩٢، المعيار المعرب ٣٨٨/٦ .

١- تعريف مراعاة الخلاف:

هذا المصطلح يتكون من كلمتي (مراعاة) و (الخلاف)، وقد سبق تعريف الخلاف أما المراعاة: فهي في اللغة: مصدر راعى يراعي مراعاة، والرعي: مصدر رعى يرعى رعياً ورعاية ورعاءً.

والمراعاة والرعي بمعنى واحد، ومدارهما في اللغة على عدة معان، منها: الحفظ، والرفق، والإبقاء على الشيء، يقال: رعاه ورعى أمره: إذا حفظه ورفق به، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَارَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا﴾ [1] أي: ما حافظوا عليها حق المحافظة، ولما كان الحاكم حافظاً للحدود والحقوق سمي راعياً، ومنه قوله ﷺ : "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"[2].

وتطلق المراعاة بمعنى: النظر إلى الشيء ومراقبته واعتباره، يقال: راعيت فلاناً مراعاة ورعاء إذا راقبته، وتأملت فعله، وراعيت الأمر: نظرت إلى ما يصير إليه، وراعيته: لاحظته، وراعيته من مراعاة الحقوق، ويقال: رعيت عليه حرمته رعاية، وفلان يراعي أمر فلان أي ينظر إلى ما يصير إليه أمره [3].

---

(١) سورة الحديد، آية: ٢٧.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن (٣٠٤/١ح ٨٥٣) وصحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل (١٤٥٩/٣ح ١٨٢٩)، وانظر: مفردات القرآن ص: ١٩٨.

(٣) تهذيب اللغة ١٠٣/٣، مقاييس اللغة ٤٠٨/٢، اللسان ٣٢٩/١٤، المصباح ٢٣١.

والمراد بمراعاة الخلاف في الاصطلاح: "إعمال دليل المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر" [١].

وبالمثال يتضح هذا التعريف:

ومثاله: إعمال مالك -رحمه الله- دليل مخالفه القائل بعدم فسخ نكاح الشِّغار[٢] في لازم مدلول ذلك المخالف، ومدلوله: عدم الفسخ، ولازمه: ثبوت الإرث بين الزوجين بالشغار، وهذا المدلول الذي هو عدم الفسخ أعمل مالك في نقيضه الذي هو الفسخ دليلاً آخر يقتضي الفسخ عنده.

وبيانه بإيضاح: أن دليل مالك: هو الحجة المقتضية لفسخ الشغار، - وهو قوله ﷺ: "لا شغار في الإسلام" - [٣].

ومدلوله: هو الفسخ.

ولازمه: نفي التوارث بين المتزوجين بالشغار.

ودليل مخالفه -وهو أبو حنيفة -رحمه الله- : هو الحجة المقتضية لعدم فسخ الشغار: وهي: أن هذا نكاح مؤبد أدخل فيه شرط فاسد، والشروط الفاسدة لا تبطل العقد، وإنما يلغى الشرط، ويصحح العقد [٤].

---

(١) انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع ١/٢٦٣.

(٢) انظر بحث هذه المسألة مفصلاً في باب القواعد، ص: (٧٥١).

(٣) أخرجه من حديث عبد الله بن عمر: مسلم في صحيحه: كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه (٢/١٠٣٥ح ١٤١٥) .

(٤) انظر: المبسوط ٥/١٠٥، بدائع الصنائع ٢/٢٧٨.

ومدلول هذه الحجة: عدم فسخ هذا النكاح.

ولازمه: ثبوت الإرث بين المتزوجين بالشغار.

فمالك -رحمه الله - عمل بدليله في وجه، وبدليل مخالفه في وجه آخر؛ مراعاة له (١).

وقد لوحظ على هذا التعريف: أنه لم يستوعب جميع صور المراعاة، وإنما اقتصر على صورة واحدة منها فقط، وهي الحكم ببعض مدلول الحجة، مع أن المراعاة تشمل ما هو أعم من ذلك كما في مسألة النكاح بدون ولي، فإن مالكاً - رحمه الله - يصححه بعد الدخول، ويرتب عليه جميع آثاره ؛ مراعاة لقول أبي حنيفة — رحمه الله - (٢).

ومن هنا اختار بعض الباحثين تعريفاً جامعاً لهذه الصور، وهو قوله: "ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة، وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه" (٣).

وهو تعريف منتزع من قول أبي إسحاق الشاطبي -رحمه الله-: "إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف" (٤).

---

(١) انظر: البهجة شرح التحفة ١/٢١، مراعاة الخلاف للسنوسي ص: ١٣- ١٤.

(٢) انظر: مراعاة الخلاف للسنوسي ص: ١٤.

(٣) انظر: مراعاة الخلاف عند المالكية لمحمد شقرون ص: ٧٣.

(٤) الموافقات ٥/ ١٠٧.

٢- الفرق بين الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف:

الناظر في المثل التي يوردها الفقهاء لمراعاة الخلاف يجد أن منها ما تكون فيه المخالفة قبل وقوع الفعل والإقدام عليه، ومنها ما تكون المخالفة فيه بعد وقوع الفعل، فهذا يدل على أنهم لا يفرقون بين اللفظين [١].

ولكن الذي يظهر أن مراعاة الخلاف في عرف المالكية يغلب على ما بعد الوقوع ، وهو بهذا الاعتبار من خصائص المذهب المالكي [٢].

يقول أبو العباس القَباب [٣] -رحمه الله-: " فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب...فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم

---

(١) انظر مثلاً: المنثور ٢/١٣٢-١٣٦، حاشية ابن عابدين ١/١٤٧، حاشية الدسوقي ١/٤٣، ٢/٤١٨.

(٢) انظر: البيان والتحصيل ٣/٤١٩، المفهم للقرطبي ٤/٤٩١-٤٩٢، الاعتصام ٣/١٤٥، الفكر السامي ١/٣٨٥.

(٣) أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي أبو العباس، يعرف بالقباب، علَم من أعلام المذهب المالكي، قال عنه ابن الخطيب: "هذا الرجل فقيه نبيل مدرك جيد النظر، شديد الفهم، ولي القضاء متصفاً فيه بجزالة وانتهاض شديد". من آثاره: (شرح مسائل ابن جماعة في البيوع) و(شرح قواعد الإسلام للقاضي عياض) توفي بعد سنة ٧٨٠هـ. ينظر ترجمته في: الديباج المذهب ص:٤١، شجرة النور الزكية ص: ٢٥٠.

يسقط اعتبارها في نظره جملة، فهو توسط بين موجَب الدليلين" [١].

وأما الخروج من الخلاف: فيكون قبل وقوع الفعل حيث يصير المجتهد إلى الفتوى أو العمل بقول المخالف لما فيه من الاحتياط وتبرئة الذمة، وهذا الفرق أغلبي ليس بمطرد، فقد يطلق المالكية أحد اللفظين على الآخر [٢].

٣- أقسام مراعاة الخلاف:

تنقسم مراعاة الخلاف باعتبار وقوع الفعل وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل:

وصورته: أن يظهر للمجتهد قوة مأخذ مخالفه ووجاهته بأن يكون مقتضاه آتياً على وفق الاحتياط، أو محققاً لمصلحة شرعية ظاهرة سواء كانت في جهة التشديد أو التيسير، فيختار رأي مخالفه تورعاً وتبرئة للذمة، لا على أن رأيه ضعيف [٣].

وهذا هو الذي يسميه الفقهاء بالخروج من الخلاف، وهو موضع اتفاق بينهم متى تحقق شرطه [٤].

---

(١) المعيار المعرب ٣٨٨/٦، وانظر: شرح حدود ابن عرفة ٢٦٤/١.

(٢) انظر : مراعاة الخلاف عند المالكية ص: ٤٦-٤٨.

(٣) انظر: مراعاة الخلاف للسنوسي ص: ٦٥.

(٤) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ٢٣/٢، حاشية ابن عابدين ١٤٧/١، الفروق ٣١٩/٤، قواعد الأحكام ٢١٥/١، المنثور ١٢٨/٢، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١/١، المسودة ص: ٤٨٢.

وطريق المراعاة في هذا الضرب: أن الفقهاء إذا اختلفوا في فعل هل هو مباح أو حرام فالورع الترك، أو هو مباح أو واجب فالورع الفعل مع اعتقاد الوجوب، وإن اختلفوا فيه هل هو مندوب أو حرام فالورع الترك، أو مكروه أو واجب فالورع الفعل؛ حذراً من العقاب في ترك الواجب، وفعل المكروه لا يضره، وإن اختلفوا هل هو مشـــروع أو لا فالورع الفعل [١].

وغالباً ما يكون منشأ الخروج من الخلاف هو الورع والخشية، وقد يفسر بأنه طريقة الراسخين في العلم، كما قال الله تعالى: ﴿وَٱلرَّٰسِخُونَ فِي ٱلْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَامَنَّا بِهِۦ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا ۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّآ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [٢].

ونجد بعض الفقهاء ممن يسلكون هذا المسلك في الاجتهاد والنظر في الخلاف ربما قصروا العمل به على أنفسهم خاصة كما نقل عن مالك أنه قال: "الوتر واحدة، والذي آخذ به وأقرأ به فيها في خاصة نفسي: الفاتحة مع الإخلاص والمعوذتين"، قال ابن القاسم: "وكان لا يفتي به أحداً، ولكنه كان يأخذ به في خاصة نفسه" [٣].

وقال محمد بن إدريس الشافعي: "وللمرء عندي أن يقصر فيمـــا كان مسيرة ليلتين، وأما أنا فأحب أن لا أقصر في أقـــل مـــن ثـــلاث

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٣١٩/٤ .

(٢) سورة آل عمران، آية: ٧.

(٣) المدونة ١٢٦/١.

احتياطاً على نفسي، وإن ترك القصر مباح لي" [(١)].

وقال بعض المنتسبين للزهد : "من حكم الحكيم أن يوسع على المسلمين في الأحكام، ويضيق على نفسه فيها" [(٢)].

القسم الثاني: مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل:

وصورته: أن يواقع المكلف فعلاً مختلفاً فيه بين المنع والإباحة، فإذا حوسب بمقتضى دليل المنع أدى ذلك إلى إيقاع الحكم عليه بالحزم الذي هو مساو للحكم المقطوع به، مع أن المكلف قد وافق فيه دليلاً على الجملة، وقد يكون مع ذلك معتقداً لجوازه، فيراعي المجتهد الخلاف بالنظر إلى هذه الحال حتى لا ينزل الظن منزلة القطع، ولأنه قد تكون المصلحة العليا في الجهة المرجوحة، فيتلافى الضرر الناتج عن الفعل بما يحقق تلك المصلحة، ولا يكون فيه حيف على المكلف.

يقول ابنُ العربي[(٣)] - رحمه الله-: "القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية، بل يجب العطف على المرجوح بحسب رتبته؛ لقوله ﷺ: واحتجبي منه يا سودة " [(٤)].

---

(١) الأم ١/١٨٢-١٨٣.

(٢) من كلام رؤيم بن أحمد البغدادي (ت:٣٠٣هـ) أسنده عنه محمد بن الحسين الأزدي في طبقات الصوفية ص: ١٤٨، وهو في الرسالة القشيرية ٢/٥٧٣.

(٣) انظر ترجمته في ص: (٤٠٠) .

(٤) المعيار المعرب ١٢/٣٧، وانظر تخريج الحديث في ص: (٢٨٩) .

وتقرير مراعاة الخلاف على هذا النحو من خصائص أصول مذهب مالك- رحمه الله - كما سلفت الإشارة إليه، وسائر المذاهب الفقهية الأخرى تعتبر الخلاف وتراعيه لكنها لا تعده أصلاً يحتكم إليه على غرار ما هو عند المالكية [١].

٤- شروط مراعاة الخلاف:

الخلاف المراعى عند الفقهاء هو ما توفرت فيه شروط خمسة، وهي:

١- أن يكون المراعي للخلاف مجتهداً.

إذا كانت مراعاة الخلاف تستدعي معرفة الخلاف، وأدلته، والنظر في أوفقها لمقاصد الشرع، ثم الترجيح بينها على وفق ذلك، فهذا لا يمكن أن يتصور في حق غير المجتهد البتة إلا على وجه التقليد له، وهذا في عموم المراعاة ظاهر، وأظهر منه مراعاة الخلاف بعد الوقوع؛ إذ هو اجتهاد في تحقيق المناط بالنظر في خصوص الفعل وحالة الفاعل وما يؤول إليه الحكم بعد ذلك على ما سبق تقريره في المرجحات، فلا يمكن- والحال هذه- إلا أن يكون المراعي مجتهداً، ومن هنا نص الفقهاء -رحمهم الله- على أحقية هذا الشرط في المراعي [٢].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١/١٤٧، المنثور ٢/١٢٧، البحر المحيط ٦/٢٦٥، المسودة ص: ٤٨٢، مراعاة الخلاف عند المالكية ص: ٢٧١.

(٢) انظر: الموافقات ٥/١٣٨-١٣٩، المعيار المعرب ١٢/٣٨، البهجة ١/٢١-٢٢.

٢- أن يكون الخلاف قوي المُدرك [١].

وهذا الشرط لا بد منه لتنضبط الأحكام، ويسلم المجتهد من الغي والهوى؛ "فإن المراعى في الحقيقة إنما هو الدليل لا قول القائل" [٢]، ولو أمكنه أن يراعي كل خلاف مهما نزلت رتبته لما ثبت على مذهب بحال، ولا يجد مانعاً أن يحكم لمن شاء بما شاء ثم يقول: الخلاف رحمة، وهذا ضرب من الهوى، وقد سبق أنه من الإثم الذي جاء الشرع بتحريمه، وهو أيضاً مفض إلى أن يكون الخلاف معدوداً في حجج الإباحة، وهو خلاف إجماع العلماء -رحمهم الله-.

قال ابن عبد البر: "الاختلاف ليس بحجة عند أحد علمته من فقهاء الأمة إلا من لا بصر له ولا معرفة عنده، ولا حجة في قوله" [٣].

ويقول الإمام ابن تيمية: "وتعليل الأحكام بالخلاف علة باطلة في نفس الأمر؛ فان الخلاف ليس من الصفات التي يعلق الشارع بها الأحكام في نفس الأمر، فان ذلك وصف حادث بعد النبي ﷺ، ولكن يسلكه من لم يكن عالماً بالأدلة الشرعية في نفس الأمر لطلب الاحتياط" [٤].

---

(١) انظر هذا الشرط في: البيان والتحصيل ٣٠١/٤، المنثور للزركشي ١٢٩/٢، شرح حدود ابن عرفة ٢٦٩/١.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ٢٦٣/١.

(٣) جامع بيان العلم وفضله ٩٢٢/٢، وانظر: الموافقات ٧٩/٥-٩٩، ٢٢١.

(٤) مجموع الفتاوى ٢٨١/٢٣، وانظر: الموافقات ٩٢/٥-٩٣.

وجدير بالذكر: أن قوة الخلاف أو ضعفه أمر نسبي تختلف فيه الأنظار، وحاصل العبارة في ضبط القوة: ما ذكره ابن السُّبكي [١] -رحمه الله- إذ قال: " ولا اعتبار بالقائلين من المجتهدين، بل بأقوالهم ومداركها قوة وضعفاً، ونعني بالقوة: ما يوجب وقوف الذهن عندها، وتعلق ذي الفطنة بسبيلها؛ لانتهاض الحجة بها، فإن الحجة لو انتهضت بها لما كنا مخالفين لها" [٢].

وقد يظهر الضعف أو القوة بأدنى تأمل، وقد يحتاج إلى تأمل وتفكر، وربما اختلف الفقهاء في بعض فروع هذا الباب من جهة اختلافهم هل ذلك المدرك مما يقوى في النظر اعتباره أم ليس كذلك، ولا بد من وقوع مثل هذا الخلاف؛ ضرورةَ اختلاف الأنظار وتباين الأفهام [٣].

ولا ريب أن إدراك القوة أو الضعف إنما هو من وظائف المجتهدين،

(١) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تاج الدين أبو محمد، فقيه شافعي، له مشاركات في فنون شتى، قال الحافظ ابن حجر: "أمعن في طلب الحديث، مع ملازمة الاشتغال بالفقه والأصول والعربية حتى مهر وهو شاب، وكان ذا بلاغة وطلاوة لسان، عارفاً بالأمور، وانتشرت تصانيفه في حياته، ورزق فيها السعد". من آثاره: (الإبهاج شرح المنهاج) و(الأشباه والنظائر) توفي سنة ٧٧٢هـ . انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٠٤/٣، الدرر الكامنة ٢٣٣/٣.

(٢) الأشباه والنظائر له ١١٢/١.

(٣) المصدر السابق: ١١٣/١.

فقد يكون القول ضعيفاً في ظاهر الأمر لكن المجتهد يعمد إلى مراعاته من أجل ما احتف به من المرجحات كالضرورة والاحتياط والتأويل السائغ ونحو ذلك، فيصير في نظره راجحاً على غيره[1]، وهذه فائدة تدوين الأقوال الضعيفة [2].

ومن أمثلة هذا: مراعاة الخلاف في الحدود، فقد نص الفقهاء على أن الخلاف فيها مما يراعى حتى لو نزلت رتبته، وعللوا ذلك بأن الستر في الحدود من مقاصد الشارع، ولأن حق الله أقوى من حق الآدمي [3].

ولكن في نظري أن هذا يقيد بما تشهد المصلحة باعتباره ومراعاته، فلو كان الاسترسال في مراعاة هذا اللون من الخلاف يؤدي إلى انتهاك الحرمات، والجرأة على حدود الله، فمن المصلحة عدم اعتبار هذا الخلاف، ويجعل الحكم في ذلك بمثابة التعزير الذي يفوض للإمام يحكم به بحسب ما تقتضيه المصلحة زماناً ومكاناً، وبحسب اختلاف الأشخاص والأحوال.

---

(١) ومما يؤيد هذا: قول الزركشي: "واعلم أن ظاهر كلام القفال: مراعاة الخلاف وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط" . المنثور ١٣٠/٢ ، وانظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١١/١، ٣٨١.

(٢) انظر : نشر البنود على مراقي السعود ٢٧٥/٢-٢٧٦.

(٣) انظر : المعيار المعرب ٣٨/١٢.

٣- أن لا تؤدي المراعاة إلى صورة تخالف الإجماع [(١)].

المقصود من مراعاة الخلاف تقليل هوة الخلاف، وتبرئة الذمة بالأخذ بالأحوط، أو بما فيه مصلحة للمكلف لا تناقض مقصود الشرع، فإذا أدى ذلك إلى مخالفة الإجماع عادت المراعاة على هذه الغاية بالإبطال، فيمنع منها لذلك.

ومثال هذه الصورة: من تزوج بغير ولي ولا شهود بأقل من ربع درهم مقلداً أبا حنيفة في عدم الولي، ومالكاً في عدم الشهود، والشافعي في جواز النكاح بأقل من ربع درهم، فلا يراعى هذا الخلاف عند أحد، ومن ثم وجب فسخه لكونه من التلفيق والتلاعب [(٢)].

٤- أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً [(٣)].

وهذا لأن مراعاة الخلاف وجه من الجمع بين الأدلة كما تقدم، فإذا لم يمكن الجمع بينها تعين المصير إلى الراجح، وذلك كما لو كان الخلاف في فعل هل هو حرام أو واجب، أو مندوب أو مكروه، فلا مراعاة لتساوي الجهتين، والجزاء متوقع على كل تقدير إلا أن يقال: إن الحرام يقدم في الاعتبار مصيراً إلى أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، ومثله المكروه، فذلك له نظر آخر.

---

(١) انظر: المنثور ٢/١٣١، الجواهر الثمينة للمشاط ص: ٢٣٦-٢٣٧.

(٢) انظر: الذخيرة ١/١٤٠، الجواهر الثمينة للمشاط ص: ٢٣٦-٢٣٧.

(٣) انظر: المنثور ٢/١٣١.

٥- أن لا يترك المراعي للخلاف مذهبه بالكلية.

وهذا الشرط نص عليه بعض المالكية، ومثلوا له بما لو تزوج مالكي زواجاً فاسداً على مذهبه، ثم طلقها ثلاثاً، فالحكم أن لا يراجعها حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا اختيار ابن القاسم؛ مراعاة لقول غيره ورعاً واحتياطاً، فلو تزوجها قبل أن تنكح غيره لم يفرق بينهما عنده؛ لأن التفريق بينهما حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد النكاح، ونكاحهما عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، فلو فرق بينهما كان تركاً للمذهب بالكلية؛ لأن منعه من تزويجها أولاً مراعاةٌ لقول غيره، وهي مراعاة قبل الفعل، وفسخه ثانياً -لو قيل به- يكون مراعاة لقول غيره أيضاً، فيكون تاركاً لمذهبه بالكلية أعني من قبل ومن بعد، وهو خلاف حقيقة المراعاة [(١)].

ويظهر لي أن المجتهد قد يراعي قول غيره من غير أن يكون تاركاً لمذهبه بالكلية، وذلك أن المصير إلى قول الغير في باب المراعاة ليس هو ترجيحاً له على رأيه، فإن الراجح يتعين الأخذ به، بل هو ضرب من الورع والاحتياط، ولذلك تجد المراعي أكثر ما يأخذ به في خاصة نفسه، وقد تقدم قول الشاطبي في تعريف المراعاة: "إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه" فجعل الخروج من الخلاف رأساً نوعاً من المراعاة، فلا يبدو لي مع هذا أن هذا الشرط في محله، والله أعلم.

---

(١) انظر: المعيار المعرب ١٢/٣٨.

مراعاة الخلاف في الواقعة القضائية:

لا يختلف الفقهاء -رحمهم الله- أن الخروج من الخلاف مستحب [(١)].

ومرجع ذلك إلى الورع والاحتياط في الدين، - وهو إيقاع الفعل في صورة الاتفاق بحيث لا يبقى في نفس المكلف شك أو ريبة في صحة التصرف عادة كان أو عبادة -.

يقول شهاب الدين القرافي: "فائدة الورع وسبب مشروعيته: الجمع بين أدلة المختلفين، والعمل بمقتضى كل دليل، فلا يبقى في النفوس توهم أنه قد أهمل دليلاً لعل مقتضاه هو الصحيح، فبالجمع ينتفي ذلك، فأثر الجمع بين المذاهب في جميع مقتضيات الأدلة في صحة العبادة والتصرف" [(٢)].

إلا أن البحث في هذه المسألة - أعني: مراعاة الخلاف في الواقعة القضائية - إنما يختص بمراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل وحصوله؛ ذلك أن القضاء من خصائصه أنه ينظر فيما وقع ونزل مما يستدعي فصلاً بحكم ملزم ولا يتعداه إلى غيره، أما ما لم يقع من التصرفات والحوادث فالأمر فيه إلى المفتي أو الفقيه، وبه يتعلق النظر في الخروج من الخلاف، وقد يكون له تعلق

---

(١) وممن صرح بالإجماع الإمام النووي في شرحه على صحيح مسلم ٢/٢٣، وقال ابن السبكي في الأشباه والنظائر ١/١١١: "الخروج من الخلاف يكاد يحسبه الفقيه مجمعاً عليه" وانظر: المسودة ص: ٤٨٢، الفروق ٤/٣١٩، قواعد الأحكام ١/٢١٥، حاشية ابن عابدين ١/١٤٧.

(٢) الفروق ٤/٣٢٣-٣٢٤.

بالقضاء أيضاً في حال الحكم بالترك أي بعدم التعرض، وفي حال ما إذا جاز للقاضي أن يفتي واعتبرت فتواه حكماً، ولذلك نظر آخر ليس هذا موضعه.

وقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل على قولين:

القول الأول: جواز مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل:

وإلى هذا القول ذهب جمهور علماء المالكية من المتقدمين والمتأخرين، وعدوه أصلاً من أصول مذهب مالك [١].

القول الثاني: لا تجوز مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل:

وإليه ذهب جماعة من المالكية، منهم: ابن عبد البر، والقاضي عِياض[٢] وغيرهم [٣].

---

(١) البيان والتحصيل ١/ ٤١٩، ٤٢٥، قواعد المقري ١/٢٣٦، شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦٣، الاعتصام ٣/١٤٩-١٥٠، المعيار المعرب ٦/٣٨٦ و١٢/٣٦-٤٢.

(٢) عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، أحد أعلام المذهب المالكي، قال ابن خلكان : "كان إمام وقته في الحديث وعلومه والنحو واللغة وكلام العرب وأيامهم وأنسابهم". من آثاره: (ترتيب المدارك لمعرفة أعلام مذهب مالك) (إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم) توفي سنة ٥٤٤هـ. انظر: الإحاطة ٤/٢٢٢، وفيات الأعيان ٣/٤٨٣، الديباج المذهب ص ١٦٨.

(٣) انظر: الموافقات ٥/١٠٧، إيضاح المسالك للونشريسي ص: ٦٨، الجواهر الثمينة ص: ٢٣٥.

قال أبو عمر بن عبد البر: "وهذا موضع (يعني مراعاة الخلاف) قد اضطرب فيه أصحاب مالك، وذلك لمراعاتهم الاختلاف فيما لا تجب مراعاته؛ لأن الاختلاف لا يوجب حكماً، إنما يوجبه الإجماع، أو الدليل من الكتاب والسنة، وبذلك أمرنا عند التنازع" [١].

وقال القاضي عياض: "القول بمراعاة الخلاف لا يعضده قياس، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده، ويفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه ؟، هذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح وخوف فوات النازلة، فيسوغ له التقليد، ويسقط عنه التكليف في تلك الحادثة" [٢].

وقال أبو إسحاق الشاطبي: "فاعلم أن المسألة (يعني مراعاة الخلاف) قد أشكلت على طائفة منهم ابن عبد البر، فإنه قال: الخلاف لا يكون حجة في الشريعة " [٣].

أدلة المجيزين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع:

استدل المجيزون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع بجملة من الأدلة من السنة والمعقول منها:

١- قصة ولد زَمعة [٤] الذي اختُصم فيه، وحاصل القصة: ما روته

(١) الاستذكار ٤٢٤/١.

(٢) المعيار المعرب ٣٦/١٢.

(٣) الموافقات ١٠٧/٥، وانظر قول ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله ٩٢٢/٢.

(٤) عبد الرحمن بن زمعة القرشي العامري ، هو ابن وليدة زمعة الذي قضى فيه =

أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- قالت: "كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص، وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: "هو لك يا عبد بن زمعة، ثم قال نبي الله ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺاحتجبي منه ؛ لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله" (١).

وهذا الحديث عمدة من أجاز مراعاة الخلاف بعد الوقوع، ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ راعى في قضائه الحكمين معاً، حكم الفراش،

= رسول الله ﷺ بأن الولد للفراش وللعاهر الحجر حين تخاصم فيه أخوه عبد بن زمعة مع سعد بن أبي وقاص ، وأمه كانت أمة لأبيه يمانية، وأبوه زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن مالك بن عامر بن لؤي، وأخته: سودة زوج النبي ﷺ، قال الزبير: "ولعبد الرحمن عقب وهم بالمدينة". الاستيعاب ٨٣٣/٢، الإصابة ٣٥/٥.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات (٧٢٤/٢ح ١٩٤٨) ومسلم في صحيحه: كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (١٠٨٠/٢ح ١٤٥٧).

وحكم الشبه، فالفراش يقتضي بظاهره أن يكون الولد ابناً للزوج سواء وافقه في الشبه أو خالفه، ولقوة هذا الأصل أُلحق الولد بصاحب الفراش وهو زمعة، وأما الشبه فهو يقابل هذا الظاهر، وهو أدنى منه في الاعتبار إلا أن النبي ﷺ اعتبره مع ذلك، ورتب عليه حكمه- وهو احتجاب سودة منه مع أنها أخته-؛ احتياطاً وورعاً وصيانة لأمهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشبهة؛ وذلك لما رآه النبي ﷺ في الولد من الشبه البين بعتبة بن أبي وقاص، وعلى هذا المنوال تجري مراعاة الخلاف، ولذلك صح الاستدلال له بهذه الحادثة [1].

٢- حديث عائشة -رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: "أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر لما أصاب منها" [2].

---

(١) انظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٤/٦٩-٧٠،المعيار المعرب ١٢/٣٧، سبل السلام ٣/٢١٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، (٢/٢٢٩ح ٢٠٨٣) والترمذي في الجامع، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، (٣/٤٠٨ح ١١٠٢) وابن ماجه في السنن، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، (١/٦٠٥ح ١٨٧٩) والحاكم في المستدرك (٢/١٨٢)، والدارقطني في سننه (٣/٢٢١) والبيهقي في سننه (٧/١٢٤)، والحديث فيه مقال لأهل العلم بالحديث إلا أن له شواهد يرتقي بها إلى الصحيح. انظر: تلخيص الحبير ٣/١٥٦، فتح الباري ٩/١٩١، ١٩٤، إرواء الغليل ٦/٢٤٣.

ووجه الاستدلال بالحديث: أن النبي ﷺ حكم ببطلان النكاح أولاً، وأكد بطلانه بتكرير الجملة ثلاثاً، ثم حكم لها بالمهر بعد الدخول وإن كان على خلاف مقتضى البطلان، فدل ذلك على أن العقد صحيح؛ إذ لو كان زناً لما استحق المهر؛ لأن مهر البغي حرام [١].

قال الشاطبي تعقيباً على الحديث: "وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث، ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة وغيرها دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلا كان في حكم الزنى وليس في حكمه باتفاق.

قال: فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول؛ مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد" [٢].

٣- أن الرأي المرجوح حال اعتباره قد صار راجحاً؛ نظراً لما اقترن به من تحصيل مصلحة لا تحصل بالحكم بغيره ؛ ولو حكم بغيره لأفضى إلى تفويت تلك المصلحة، وهذا يظهر جلياً في الأنكحة المختلف فيها، فإن إبطالها لا مصلحة فيه، بل يفضي إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد كما قرره الشاطبي آنفاً.

---

(١) انظر: الموافقات ٥/ ١٩١-١٩٢.

(٢) المرجع السابق ٥/١٩١، وانظر: الاعتصام ٣/١٤٩-١٥٠.

فرعي الخلاف على هذا: ضرب من اعتبار المآل؛ لاشتماله على مصلحة مطلوبة للشارع، ولذلك جعل الشاطبي - رحمه الله- مراعاة الخلاف من القواعد المفرعة عليه [١].

وقد قرر هذا المسلك بجلاء في كتابه (الموافقات) إذ قال: "فمن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل؛ نظراً إلى أن ذلك الواقع واقَع المكلف فيه دليلاً على الجملة وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع؛ لما اقترن به من القرائن المرجحة" [٢].

أدلة المانعين لمراعاة الخلاف بعد الوقوع:

١- أن القول بمراعاة الخلاف مخالف لمقتضى القياس وقواعد الشرع، وبيانه -كما قرره الشاطبي في بعض مراسلاته إلى علماء المغرب حول هذا الأصل-: "أن الدليل هو المتبع، فحيثما صار صير إليه، ومتى رجح للمجتهد أحد الدليلين على الآخر - ولو بأدنى وجوه الترجيح -

(١) الموافقات ٥/١٧٧-١٨٨.

(٢) الموافقات ٥/١٩٠-١٩١.

وجب التعويل عليه، وإلغاء ما سواه على ما هو مقرر في الأصول، فـإذاً رجوعه -أعني المجتهد- إلى قول الغير إعمال لدليله المرجوح عنده، وإهمال للدليل الراجح عنده الواجب عليه اتباعه، وذلك على خلاف القواعد"[١].

٢- أن القول بالمراعاة يقتضي جعل الخلاف حجة من حجج الشرع التي تبنى عليها الأحكام، وهو خلاف ما نطق به القرآن؛ فإن فيه ضابطاً لمسائل الخلاف ينفي هذا الأصل، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾[٢].

وقد سبق نقل الإجماع على أن الخلاف ليس حجة عند أحد من العلماء، وأن الحجة إنما هي في الدليل المعتبر[٣].

٣- أن مراعاة الخلاف غايتها جمع بين دليلين متناقضين كل منهما يوجب خلاف ما يوجبه الآخر، والجمع بين المتناقضين محال، فما أدى إليه مثله، وهذا يعني أن مراعاة الخلاف أصل باطل[٤].

الموازنة والترجيح :

بالنظر في الحجج الدالة على كون مراعاة الخلاف أصلاً يحتكم إليه عند الاختلاف يتبين أن المراعاة بمعناها الاصطلاحي أصل فقهي صحيح، وأن ما

---

(١) الاعتصام ١٤٦/٣، وانظر: المعيار المعرب ٣٦/١٢.

(٢) سورة النساء، آية: ٥٩.

(٣) انظر مع ما سبق: جامع بيان العلم وفضله ٩٢٢/٢.

(٤) انظر: المعيار المعرب ٣٨٩/٦ .

عورض به من الأدلة لا ينتهض في الاعتبار لرده أو توهينه؛ وذلك لما يلي:

١- صحة أدلة الجم الغفير الذي ذهب إلى هذا الأصل، وسلامتها من معارض راجح.

٢- أن العمل بهذا الأصل ليس خروجاً عن المذهب أو الرأي الراجح، بل هو عمل بمقتضى القرائن التي احتفت بالمرجوح وصيرته راجحاً كما سبق تقريره.

٣- أن العمل بمراعاة الخلاف موافق للقاعدة الشرعية التي قيل: إن الفقه كله يرجع إليها، وهي: أن "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" (١).

وتظهر موافقته لها من وجهين:

أحدهما: أن الخلاف إذا نتج عن تعارض الأدلة المعتبرة ولو من وجه صار من الشبه التي تستدعي مراعاتها، وغالباً ما يكون الاحتياط في مثل هذا أبرأ للذمة كما يهدي لذلك قوله ﷺ "فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام" (٢).

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٩/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨.

(٢) أخرجه من حديث النعمان بن بشير: البخاري في صحيحه: كتاب الإيمان، باب من استبرأ لدينه، (٢٨/١ ح ٥٢) ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (١٢١٩/٣ح ١٥٩٩) وانظر تفسير الشبهات بهذا المعنى في: جامع العلوم والحكم ١٨١/١.

الثاني: أن الحكم إذا كان له مآل يناقض مقصود الشارع من شرعه لم يُلتفت إليه، وصار في حكم الملغي على ما سبق تقريره في اعتبار المآل، وعلى هذا المنوال تجري مراعاة الخلاف؛ فإنها إهدار للراجح، وأخذ بالمرجوح أولاً؛ لأنه أنفع للمكلف وأوفق لمقصود الشرع، كما في تصحيح الأنكحة الفاسدة بعد الدخول في المذهب المالكي(١)؛ لأن النكاح بعد الدخول تتعلق به مصالح عظيمة من نحو رعاية الولد، وصيانة الزوجة، وإثبات الحقوق المتعلقة به كالإرث والنسب وغير ذلك.

وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلا كان في حكم الزنى، وليس في حكمه باتفاق، فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف" (٢).

وبهذا يعلم أن القول بمخالفة المراعاة للقياس غير متجه ؛ لأن المرجوح هنا صار راجحاً بما ذكر، فيكون الأخذ به هو الأوفق للقياس، وإنما يتجه ما ذكروه في مراعاة الخلاف قبل الوقوع؛ إذ لا مصلحة فيه من

---

(١) أجرى المالكية هذا الحكم في جميع الأنكحة المختلف فيها، قال ابن عاصم في تحفة الحكام ص: ١١٥:

وفسخ فاسد بلا وفاق ... بطلقة تعد في الطلاق
ومن يمت قبل وقوع الفسخ ... في ذا فما لإرثه من نسخ

(٢) الموافقات ٥/ ١٩١-١٩٢.

هذا القبيل إلا الاحتياط، والأخذ به غير لازم على ما علمت.

وأما قولهم: "إن الخلاف لا يكون حجة في الشرع"، فهو حق، ولكن ليس الخلاف هو المستند في الأخذ بمراعاة الخلاف، بل المصلحة والقرائن التي صيرت جانبه أرجح هي المستند في ذلك كما سلفت الإشارة إليه، ولو كان الخلاف نفسه هو الحجة لروعي كل خلاف حتى لو كان ضعيفاً أو شاذاً، وليس الأمر كذلك على ما علمتَ [١] .

وأما القول بأن "مراعاة الخلاف جمع بين متضادين"، فهذا يتجه لو كان محل المراعاة متحداً، أما وقد اختلف فلا تضاد؛ وذلك أن القول بالرجحان إنما هو بالنظر فيما قبل وقوع الفعل، والقول بالمراعاة إنما هو بعد الوقوع، فلا يثبت التضاد مع اختلاف المحل [٢] .

مراعاة الخلاف في الحكم القضائي:

إذا ثبت اعتبار الخلاف الفقهي الذي قوي مدركه في عموم تكاليف الشرع وأحكامه، وصح كونه أصلاً يحتكم إليه على غرار بقية الأصول، فإن اعتباره في خصوص الأحكام القضائية أشد وآكد، والسبب في ذلك يعود إلى أمور ثلاثة:

أولاً: أن الأدلة إذا تعارضت نزلت أحكامها عن رتبة القطع، وصارت في حيز الظنيات التي يكون مرجع الترجيح فيها إلى تفاوت

(١) الموافقات ٥/١٩٠-١٩١.

(٢) المرجع السابق ٥/١٠٨.

الأنظار واختلاف المدارك، لا إلى نفس الدليل، وهذا يعني جواز أن يكون الصواب في الجهة المرجوحة، وهذه مقدمة سبق تقريرها، والمقصود منها بيان ما ينتج عنها: وهو أن القاضي متى ما نزل بمجلسه شيء من هذا القبيل فإن عليه أن يتريث، وينظر في خصوص الحادثة بتحقيق المناط العام أولاً ثم الخاص، وعلى إثر ذلك ينظر: فإن أسفر هذا البحث والتحقيق عن تأييد دليل المخالف صار جانبه أقوى، وتحتم عليه مراعاته، ولا يجوز له أن يهدر كل هذه الأدلة والمصالح إجلالاً لمذهبه، وتقليداً لإمامه، فإن ذلك ضرب من التعسف في الاجتهاد، وخروج عن جادة الصواب.

وهنا يكمن الفرق بينه وبين المفتي والفقيه، فإن المسألة إذا أخذت بمنظور فقهي أمكن أن يقال بعدم اعتبار الخلاف ومراعاته؛ لأنه لا يكون ثمة إلزام ولا خصومة ولا النظر فيما ينظر فيه القضاء - باستثناء المفتي في بعض حالاته-، وأما القضاء فإنه يقتضي في كثير من الأحيان الحكم بالمرجوح، ولربما تعين، ويكون هو الراجح قضاءً، وإن كان النظر الفقهي يقتضي خلافه، وهذا يعود إلى ما للقضاء من خصوصيات لا يشهدها الفقيه ولا المفتي ، وقد سبق قول أبي صالح المعافري: "لولا حضوري مجالس الشورى مع الحكام ما دريت ما أقول في أول مجلس شاورني فيه الأمير سليمان بن أسود، وأنا يومئذ أحفظ (المدونة) و(المستخرجة) الحفظ المتقن" [1].

---

(١) الإعلام بنوازل الحكام ١/٢٤.

ثانياً: أن مراعاة الخلاف طريق إلى تحقيق قصد الشارع في القضاء، وهو إيقاعه على أحسن وجه وأتمه ؛ وذلك أن المدعي قد يكون متعمداً هذا التصرف بحكم مذهبه فيه، سواء كان مجتهداً أو مقلداً، فإلغاء هذا الباعث ساعة القضاء ليس من العدل في شيء ؛ فإن هذا مع كونه مخالفة لحكم المتأول فإن فيه إلزاماً للناس بمذهب القاضي، وهذا بِدع في الحكم، ومخالفة للسياسة الشرعية التي يكون الناس معها أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد.

فإذن لا يكون للقاضي مناص من مراعاة هذا الخلاف إذا قوي جانبه بالمرجحات الخارجية، مثل الضرورة والاحتياط والمقاصد والنيات.

وقد قرر الشاطبي -رحمه الله- هذا المعنى بقوله: "وهذا (يعني اعتبار الخلاف) نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد، ولما بعد الوقوع دليل عام مرجح، وهو أن العامل بالجهل مخطئاً في عمله له نظران: نظر من جهة مخالفته للأمر والنهي، وهذا يقتضي الإبطال، ونظر من جهة قصده إلى الموافقة في الجملة لأنه داخل مداخل أهل الإسلام، ومحكوم له بأحكامهم، وخطؤه أو جهله لا يجنى عليه أن يخرج به عن حكم أهل الإسلام، بل يتلافى له حكم يصحح له به ما أفسده بخطئه وجهله" (١).

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أصل (مراعاة الخلاف) لا يعني

---

(١) الموافقات ٥/ ١٩٢.

أن يكون مؤداه دائماً في القضاء هو الأخذ بالأخف، بل تارة يكون أخذاً بالأخف، وتارة بالأشد، وتارة بالأحوط، حسبما يؤول إليه الحكم، وتتحقق به مصلحته المرجوة شرعاً"(١).

وقد يتعذر على القاضي مراعاة الخلاف في حال ما إذا أفضت مراعاته إلى ظلم، أو بخس حق، وعليه حينها مراعاة التوسط.

وفي هذا يقول العز بن عبد السلام - رحمه الله-: "قد يتعذر الورع على الحاكم في مسائل الخلاف، كما إذا كان ليتيم على يتيم حق مختلف في وجوبه، فلا يمكن الصلح بينهما؛ إذا لا تجوز المسامحة بمال أحدهما، وعلى الحاكم التوسط في الخلاف، وكذلك حكم الأب والوصي" (٢).

ثالثاً: أن مقصود الشرع نفي الخلاف، أو تقليله في الشريعة ما أمكن؛ وذلك لما ينتج عنه من الأضرار الوخيمة التي تفتك بوحدة الأمة وقواها، وتذهب بالأمن والاطمئنان والعيش في كنف الأخوة والمودة.

يقول أبو إسحاق الشاطبي -رحمه الله-: "مصلحة الشرع الكلية: أن يكون المكلف داخلاً تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع تصرفاته اعتقاداً وقولاً وعملاً...وصح أن نفى الاختلاف في الشريعة وذمه على الإطلاق والعموم في أصولها وفروعها؛ إذ لو صح فيها وضع فرع واحد على قصد الاختلاف لصح فيها وجود الاختلاف على

---

(١) انظر: مراعاة الخلاف للسنوسي ص: ٨٨-٨٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢/٢٠.

الإطلاق؛ لأنه إذا صح اختلاف ما صح كل الاختلاف، وذلك معلوم البطلان، فما أدى إليه مثله" [١].

والخلاف الفقهي المعتبر وإن كان لا يبلغ أن يجر إلى تلك النتائج إلا أن إلغاءه رأساً يحدث ما يحدثه الخلاف العام وأزيد؛ من أجل عموم البلوى به؛ فقد تكون الرعية في القطر الواحد على نحلة واحدة، لكن مذاهبهم في الفقه شتى، فلا يمكن للقاضي- في ظل تحقيق هذا المقصد- إلا أن يتوسط في الخلاف بمراعاته والتقليل من تداعياته.

وبحكم ما للقضاء من سلطة وإلزام فإنه في ظل اتباع هذا المنهج وتحكيمه يدفع بالأمة نحو توحيدها و لم شملها؛ لأن القضاء يمثل السياسات التي تنتهجها الحكومات والدول، وبقدر ما ترشد مناهجه بقدر ما يحقق الأهداف النبيلة والغايات السامية، فمراعاة الخلاف على هذا أوفق لمقصود الشرع، وأقوم بالسياسة، وأدعى لاحترام الشرع وقبوله.

---

(١) الموافقات ٥/ ٧٧-٧٨.

المطلب السابع

اعتبار ما جرى به العمل

مدخل:

كان للإمام مالك - رحمه الله - نظرة خاصة إلى الأعراف المتوارثة في المجتمع المدني، أعني المدينة المنورة إذ جعل تلك الأعراف مرجعاً من مراجع التشريع، يحتكم إليها فيما أشكل من النصوص التشريعية أو الاجتهادات الفقهية، فما وافقه عمل أهل المدينة وعرفها أخذ به، وما خالفه منها طرحه و لم يعتد به، حتى صار ذلك أصلاً له مكيناً.

وقد كان الباعث له على ذلك أمور كثيرة مرجعها في الجملة إلى ما للمدينة من قدسية ومنزلة عظيمة في الإسلام، وأن الصحابة الذين ورثوا العلم ونشروه في العالم كانوا من أهلها، وعلمهم ذلك توارثه الناس عنهم بالعمل جيلاً بعد جيل حتى جيله -رحمه الله-، فكانوا هم أولى ببيان الشرع وتحديد المراد منه؛ إذ يبعد في العادة أن يختلف العرف إلا بعد أمد طويل وزمن بعيد، و لم يكن عهد مالك بعيداً عن عهد الرسالة وزمن الوحي، فلهذه الأسباب ارتضى عمل أهل المدينة أصلاً من أصول التشريع [(١)].

---

(١) الاحتجاج بعمل أهل المدينة من خصائص المذهب المالكي، يلي في المرتبة الإجماع، وهو مقدم عند مالك على القياس وخبر الواحد لما سلفت الإشارة إليه.

وقد خالف في حجيته جمهور أهل العلم؛ لأدلة كثيرة مرجعها إلى أن الحق لا =

= ينحصر في طائفة خاصة أو إقليم معين، بل الأقاليم الإسلامية لم يزل فيها العلماء المجتهدون من الصحابة ومن بعدهم، وكثير من الأحاديث إنما رويت بغير المدينة، فكيف تطرح من أجل العمل المجرد؟ مع أن الحجة إنما هي في قول الله وسنة رسوله ﷺ لا في عمل الناس .

ومع وجاهة هذه الحجج إلا أنها لم ترد على محل الدعوى؛ وذلك أن مالكاً رحمه الله لا يجعل عمل أهل المدينة إجماعاً آخر حتى لا تجوز مخالفته والعمل بغيره، بل إنما أراد به عرف أهل المدينة، وما أدرك عليه الناس في زمنه، فاحتجاجه به من قبيل احتجاج الفقهاء بالعرف، لا من قبيل الإجماع، ولذلك لا تجد في (موطئه) ولا في غيره نهيه عن مخالفته، والذي يدلك على أن هذا هو مراده: منعُه أن يفرض مذهبه على المسلمين في الآفاق مع تمكنه من ذلك، واعتذر لذلك بأن الصحابة رضوان الله عليهم تفرقوا في الأمصار، ومعهم من العلم والحديث ما ليس في المدينة، فلو كان يراه إجماعاً لفرضه على الناس، وأيضاً فإن أصحابه عندما عددوا أصول مذهبه جعلوا العمل بإزاء الإجماع يليه في المرتبة، لا أنه إجماع آخر.

على أن مالكاً -رحمه الله- لم يكن يُحَكِم عرف أهل المدينة بعجره وبجره، بل إنما ينتقي منه ما وافق وجهاً في الشرع ولو ضعف دليله، فيأخذ به لأن العادة والعمل يشهدان بصحة الحديث ورجحانه حتى لو كان ضعيفاً من حيث الرواية، سيما وأن عهده قريب بعهد الرسالة وزمن الخلفاء الراشدين الذين كان لهم سلطان يحكمون به، وغير خاف أن الحكم إذا صدر من سلطان غلب عليه أن يمارسه الناس حتى يصير لهم عرفاً وعادة، فالأخذ به بعد ذلك لا تخفى قوته. =

ولما استقرت أقوال مالك واجتهاداته مذهباً فقهياً على غرار بقية المذاهب سلك طائفة من أتباعه نهجه في عمل أهل المدينة، فصاروا

= وقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله-: "مذهب أهل المدينة النبوية في زمن الصحابة والتابعين وتابعيهم أصح مذاهب أهل المدائن الإسلامية شرقاً وغرباً في الأصول والفروع...ولا ريب عند أحد أن مالكاً رضي الله عنه أقوم الناس بمذهب أهل المدينة رواية ورأيا، فانه لم يكن في عصره ولا بعده أقوم بذلك منه، كان له من المكانة عند أهل الإسلام الخاص منهم والعام مالا يخفى على من له بالعلم أدنى إلمام". مجموع الفتاوى ٢٠/٢٩٤، ٣٢٤.

ولعل منشأ الردود الكثيرة التي توالت على مالك في حياته وبعد موته كان هو توهم أنه أراد بالعمل الإجماع الذي لا تجوز مخالفته، وقد علمت أنه غير مراد.

ثم بعد هذا يقال: إن مالكاً – رحمه الله- ليس هو السابق لهذا المنهج، بل سبقه إليه من كبار الأئمة خلق كثير أمثال سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، وابن شهاب الزهري، وربيعة الرأي وغيرهم كثير، كما أن الحنفية أخذوا بعمل علماء العراق، والشافعي - رحمه الله- احتج بعمل أهل مكة، وقد سبق أن العرف إذا صدر بشرطه صار حجة لا يختلف فيها أحد .

انظر: الفكر السامي ٢/ ٤٠٥.

وانظر الخلاف في عمل أهل المدينة وحجيته في : الأم ١/١٣٨، ٧/٢٠٣، إحكام الفصول للباجي ص ٤٨٠، المحلى ١/٥٥، أصول السرخسي ١/٣١٤، مجموع الفتاوى ٢٠/٣٠٣، إعلام الموقعين ٢/٣٨٠، العرف والعمل في المذهب المالكي ص ٣٢٤.

يأخذون في المسائل الخلافية بما وافقه العمل الذي مضى عليه القضاة والمفتون من أهل العدالة والصلاح حتى لو كانت حجته ضعيفة في الأصل، وقد ولعوا بهذا المنهج أشد الولع، حتى كان الولاة في بعض العهود يحملون القضاة على الحكم بما جرى به العمل [١].

فما المراد بهذا العمل ؟، وما منزلته بين الأصول ؟، وما هي شروطه وضوابطه ؟، وما مدى تأثيره على الحكم القضائي ؟، هذه أسئلة أحاول بحث مضامينها في النقاط التالية:

١- تعريف العمل:

المراد بالعمل في اصطلاح الفقه المالكي: اعتياد الناس ما أمضاه القضاة والمفتون أهل العدل من الأقوال الضعيفة، والحكم به لسبب اقتضى ذلك [٢].

ومفاد هذا التعريف: أن العمل المعتبر إنما يكون منشؤه من القضاة أو المفتين أهل العدل والصلاح، لا ما نشأ عن عادة الناس، أو حكم به أهل الجور والفساد من القضاة والمفتين، فإن ذلك لا يسمى عملاً بمعناه الاصطلاحي، بل يكون من قبيل العرف الفاسد.

---

(١) انظر: الفكر السامي ٢/ ٤٠٥-٤٠٨، العرف والعمل في المذهب المالكي للجيدي ص: ٣٦٦، ٤٢١.

(٢) انظر هذا التعريف بمعناه في: نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ١٠٢، العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٤٢ .

ثم لا يكون هذا العمل معتبراً إلا بسبب يقتضي ذلك، وهو درء مفسدة غالبة، أو جلب مصلحة راجحة، بحيث إذا عُدل عن العمل به كان ما يترتب عليه من المفاسد أعظم مما يرتجى منه من المصالح [١] .

٢- الفرق بين العرف والعمل:

العمل يجري مجرى العرف في جميع ما له من الأحكام، بحيث يحتكم إليه في رفع الخلاف، ويعمل به في الفتوى والقضاء، ويهدر إذا عارض نصاً قاطعاً، أو لم يكن في الحكم به مصلحة إلى آخر أحكام العرف، فهو موافق له في الحكم تمام الموافقة، ومن أجل ذلك ارتأى بعض الباحثين أنه لا فرق بين العرف والعمل، فهما عنده من قبيل الألفاظ المترادفة [٢].

إلا أن التفريق بينهما متجه في النظر؛ إذ إن اتفاقهما في الحكم لا يستلزم اتفاقهما في الماهية، مثل اتفاق أصول الشريعة في الأحكام لا يعني اتفاقها في الماهية.

---

(١) يلاحظ على التعريف: أنه اقتصر على الضعيف من الأقوال دون غيره، وهو أشهر معاني العمل، والمفهوم منه عند الإطلاق، وقد يطلق ويراد به الأقوال الراجحة القوية للإشارة إلى تعين الحكم بها، وهو اصطلاح جرى عليه ابن عاصم في تحفته، وقد يطلق على الكتب التي تجمع المسائل والقواعد التي يكثر العمل بها أمام المحاكم وتسمى بالعمليات مقابل ما يعرف اليوم بالمسطرة .

انظر: الفكر السامي ٢/٤٠٦-٤١٠، نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ١١١.

(٢) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٩٣-٣٩٤.

وقد ذهب بعض الباحثين إلى التفرقة بين العرف والعمل بفروق أهمها:

١- أن العرف خاص بالمعاملات، أما العمل فإنه يشمل العبادات أيضاً، وذلك مثل تعدد الجمعة، وتكرار أذانها، واستعمال مكبرات الصوت، ونحو ذلك.

٢- العرف ناشئ عن التكرار والعادة التي يمارسها الناس كافة، والعمل ناشئ عن الدليل والاجتهاد، فالعرف يتبع فيه العامة من غير استناد إلى دليل شرعي أو نقل قولي، والعمل يتبع فيه القضاة والمفتون من أهل الاجتهاد [١] .

٣- حجية العمل ومنزلته بين الأصول:

يعد تحكيم ما جرى به العمل أصلاً مكيناً في المذهب المالكي، يجري مجرى عمل أهل المدينة في تقديمه على الحديث المظنون عند التعارض، ويحكم به في النوازل والحوادث [٢]، إلا أنه لا يعتبر أصلاً مستقلاً بنفسه، بل لا بد أن يستند إلى أصل شرعي عام، أو مصلحة تقتضيها الحاجة أو الضرورة، أو عرف فشا في الناس واعتادوا ممارسته.

فهو من حيث المنزلة يحذو حذو العرف، ويزداد عليه قوة بحكم أنه صادر عن اجتهاد فقهي أو قضائي ممن ثبتت عدالتهم وصلاحهم؛ إذ إنه

---

(١) انظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ٢٥٧، العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٩٥.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ١/٥٣-٥٥ .

يغلب على اجتهاد العدول التثبت التام في الأحكام، والنظر في مآلاتها ومدى مطابقتها للشرع ومقاصده، فلا يشك أحد بعد ذلك في رجحان اجتهاداتهم وقضاياهم، وأنها أحق بالحكم والعمل مما يخالفها [١].

ومن هنا صار العمل حجة لا لذاته، بل لكونه مظنة لأن يكون مبنياً على أصل معتبر في الشرع، فيكون هو الحجة لا مجرد العمل.

وإذا استقريت الفروع التي رجحت أحكامها بالعمل تجد أنها لا تخرج عن مراعاة المصلحة أو الاستحسان أو سد الذريعة، أو يكون مرجعها إلى السياسة الشرعية، وكل ذلك جار على قاعدة الشريعة [٢].

إلا أنه مع ذلك لم يكن الأخذ به موضع اتفاق بين المالكية أنفسهم، بل انقسموا حياله إلى فريقين [٣]:

الفريق الأول: يرى أن الحكم إذا جرى به العمل، و لم يخالف أصول الشرع وقواعده فإنه محكَّم يقضى به في المحاكم، ويفتى به في النوازل، وهذا مذهب جمهور المالكية [٤].

---

(١) انظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ٩٦-٩٧.

(٢) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٩٣.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن هذا الخلاف إنما هو بين القائلين بوجاهة الأخذ بعمل أهل المدينة وحجيته، أما المخالفين فيه فيرون بطلان العمل الإقليمي من باب أولى. انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٤١٢-٤١٨.

(٤) انظر: تبصرة الحكام ١/٥٣-٥٥، حاشية الدسوقي ٤/١٤٥، الفكر =

وقد استدلوا لذلك بجملة من الأدلة منها ما يلي:

١- أن الصحابة ﷺ كانوا يلزمون القضاة بالحكم بما مضى عليه الأوائل، من ذلك: ما روي عن عمر ﷺ أنه كتب إلى شريح القاضي يقول: "ما في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ فاقض به، فإذا أتاك ما ليس فيهما ولم يقض به النبي ﷺ فما قضى به أئمة العدل، وإلا فأنت بالخيار إن شئت أن تجتهد رأيك وإن شئت أن تؤامرني، ولا أرى في مؤامرتك إياي إلا خيراً، والسلام" [١].

٢- القياس على عمل أهل المدينة، فكما جاز الاحتجاج به في المذهب كذلك يجوز الاحتجاج بالعمل الإقليمي؛ إذ إنهما متشابهان في أمور تشرك بينهما في الحكم، منها:

أ- أن مالكاً -رحمه الله- رجع إلى العمل ليدفع به الخلاف، ويستجلي به الصواب في المسائل المظنونة، وكذلك العمل الإقليمي إنما أُخذ به لنفس القصد والغرض.

ب- أن الأساس المتين الذي اعتمده عمل أهل المدينة هو العرف والعادة، وكذلك العمل الإقليمي يعتمد على العرف، وهو له من أبرز الأسس والدعائم.

= السامي ٢/ ٤٠٦، العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٦٢-٣٦٧.

(١) الأثر تقدم تخريجه ص: (١٥٣) .

ج- أكثر عمل أهل المدينة يكون أقضية وفتاوى للخلفاء الراشدين ومن بعدهم من قضاة وفقهاء المسلمين، وكذلك العمل الإقليمي يكون عبارة عن أقضية وفتاوى للقضاة العدول والفقهاء الراسخين ممن لهم أهلية الاجتهاد والترجيح.

٣- أن العمل أخذٌ بالراجح؛ لكونه قد استند إلى العوامل التي تقضي برجحانه على غيره، وذلك كالعرف والمصلحة والاستحسان وسد الذريعة والسياسة الشرعية، فلا معنى لترك حكم وافق هذه الأصول إلا حكما بالمرجوح، وهو غير جائز [(١)].

الفريق الثاني: يرى عدم حجية هذا العمل بإطلاق، وأن المرجع في الأحكام ينبغي أن تكون أصول الشريعة وقواعدها لا آراء الرجال وأحكام القضاة، وهذا رأي الأستاذ أبي بكر الطّرطوشي [(٢)]،

---

(١) انظر: نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ١٨٣.

(٢) محمد بن الوليد بن محمد بن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري الأندلسي أبو بكر، المعروف بالطرطوشي، ويعرف أيضاً بابن أبي رندقة، فقيه مالكي، له مؤلفات تشهد بنبوغه، قال عنه ابن فرحون: "كان إماماً عالماً عاملاً زاهداً ورعاً ديناً متواضعاً متقشفاً متقللاً من الدنيا راضياً باليسير منها، وتقدم في الفقه مذهباً وخلافاً" من آثاره: (سراج الملوك) (الحوادث والبدع) توفي سنة٥٢٠هـ . انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ١٩/٤٩٠، الديباج المذهب ص: ٢٧٦، شجرة النور الزكية ص: ١٢٤.

وأبي عبد الله المقَّري [(١)]، وجماعة من المتأخرين [(٢)].

وقد تمسك هؤلاء بجملة من الحجج يمكن إجمالها فيما يلي:

١- أن العمل لا يستند إلى أصل شرعي، بل إلى النقل المجرد، والعادة المطردة بالأخذ به، والحجة ليست في شيء من ذلك، إنما هي في أصول الشريعة وقواعدها.

٢- أن كثيراً مما جرى به العمل لم يعرف إلا عند المتأخرين بعدما شاع التقليد وطرح الاجتهاد، فكيف يدعى مع ذلك أنه حكم عدل صدر عن اجتهاد معتبر ؟.

٣- أن العمل نفسه قد يتعدد بتعدد القضاة والمفتين، فيحتاج العمل به إلى الترجيح والموازنة بين الأقوال، فلا تكون له فائدة رفع الخلاف.

---

(١) محمد بن أحمد بن بكر بن يحيى بن أبي بكر علي القرشي المقري، أبو عبد الله، قاضي الجماعة بفاس، قال عنه ابن الخطيب: "هذا الرجل محافظ على العمل، حريص على العبادة، قائم على العربية والفقه والتفسير أتم القيام، ويحفظ الحديث، ويتفجر بحفظ الأخبار والتواريخ والآداب، ويشارك مشاركة فاضلة في الأصلين والجدل والمنطق" من آثاره: (نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب) (القواعد) توفي سنة ٧٥٨ هـ . انظر: ترجمته في: الإحاطة في أخبار غرناطة ١٩١/٢، الديباج المذهب ص: ٢٨٨.

(٢) انظر: نفح الطيب ٥٥٦/١، تبصرة الحكام ٥٥/١، نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ١٢٠، ١٩٧، العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٦٥٧.

٤- أن العمل حتى لو صدر بشرطه فإنه قد يكون حكم به رعاية لظرف خاص أو حادثة معينة لا تطرد صفاها في غيرها، فكيف يعمم بعد ذلك على القضايا والحوادث ؟ [١].

الموازنة والترجيح:

لا يبدو لي خلاف حقيقي بين المانعين والمجيزين للأخذ بالعمل؛ ذلك أن المجيزين لا يرون لعمل مَّا حجة متى كان على الوصف الذي ذكره المانعون كما يبدو ذلك من الشروط والضوابط التي وضعوها للأخذ بالعمل، فيكون هذا الخلاف لفظياً ، إلا أن هذا لا يمنع من ترجيح القول بالعمل مصطلحاً فقهياً له أصوله وضوابطه، ولكن لا بد لذلك من شروط تصحح هذا الأصل، وتجعله على غرار بقية الأصول.

وقد اشترط الفقهاء لاعتبار العمل شروطاً وضوابط أجمل القول فيها فيما يلي:

١- ثبوت جريان العمل بذلك القول من طرف الفقهاء المفتين والقضاة العدول.

٢- أن يكون العمل مندرجاً تحت أصل شرعي كالعرف والاستحسان والضرورة ونحوها.

٣- أن يكون صادراً عن العلماء والقضاء المجتهدين أهل العدل والصلاح.

---

(١) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٤١٢-٤١٨.

٤- أن لا يخالف أصلاً شرعياً أو نصاً مقطوعاً به، وإلا لم يجز العمل به [١].

فإذا توفرت هذه الشروط كان العمل معتبراً يجوز للقاضي أن يحتكم إليه كما يحتكم للعرف، وجدير بالذكر: أن العمل إذا انبنى على عرف خاص بإقليم أو بلد، أو كان مختصاً بزمان معين فلا يتجاوز به محله ووقته؛ لأن الحكم بالعمل مؤقت يحكم به القضاة ما دامت المصلحة التي من أجلها خولف المشهور، وما دام العرف قائماً، فإذا زال ذلك رجع الحكم للمشهور والراجح؛ لأنه واجب، والانتقال عنه رخصة للضرورة فلا يتعدى بها موضعها [٢].

أثر العمل في الأحكام القضائية:

سبقت الإشارة إلى أن العمل يجري مجرى العرف في الأحكام؛ لأنه قد صار عرفاً عملياً، وعلى ذلك فإن العمل إذا صدر عن أهله بشرطه كان للقاضي أن يتخذه مرجحاً للخلاف فيما يجري بين يديه من الوقائع، إلا أن عليه أن يتثبت في السبب الموجب للعمل به وترك ما خالفه من المشهور أو الراجح؛ فإنه قد يكون الحكم به انبنى على سبب أو عرف خاص كما هو الغالب على أحكام القضاة، فلا يكون له أن يحكم به في

---

(١) انظر هذه الشروط في: الفكر السامي ٢/٤٠٦، نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ٣٤٩، العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ٣٦٠ .

(٢) انظر: تبصرة الحكام ١/٥٥، الفكر السامي ٢/٤١٠.

كل نازلة مماثلة، بل المطلوب رأساً إيقاع الحكم على وجه يوافق الشرع ويحقق مقصوده من القضاء، وهو الفصل بالعدل على أحسن وجه، وإنما العمل يستأنس به؛ لأنه ربما كشف عن معنى حقيق بالمراعاة رآه القضاء السابق، فعمل به، وربما كشف للقاضي عن عرف مطرد لا يعرفه، فحينئذ يصير حكمه بالعرف المطرد لا بنفس العمل [١].

وقد ذكر ابن فَرحون [٢] أن العمل إذا اقتضاه عرف عام أو مصلحة راجحة رجح به القول المعمول به على غيره ، وأنه لا ينبغي أن يختلف في ذلك، قال: "وظواهر النصوص تشهد بذلك، وهو مذهب الشافعية أيضا، فقد ذكر ابن الصلاح: أن القول القديم إذا قيل فيه: إنه جرى به العمل، فإنه يدل على أن القول القديم هو المفتى به" [٣].

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/٥٥، المعيار المعرب ١٠/٤٦-٤٨، الفكر السامي ٢/٤١٠.

(٢) إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون، برهان الدين اليعمري، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان: عالم بحاثة من أعيان المالكية المتأخرين، ولد ونشأ ومات في المدينة المنورة، وتولى بها ولاية القضاء، وله مصنفات تشهد له بعلم غزير وتحقيق قل نظيره مع حسن الترتيب وجودة الأسلوب. من آثاره: (تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام) (درة الغواص في محاضرة الخواص) توفي سنة ٧٩٩هـ . ترجمته في: الدرر الكامنة ١/٥٣، شجرة النور الزكية ص: ٢٢٢، الأعلام ١/٥٢ .

(٣) انظر: تبصرة الحكام ١/٥٥، أدب المفتي والمستفتي ص ١٢٩، وقد نص بعض الحنفية أيضاً على أن الحديث إذا جرى به العمل تعين العمل به، ولا يترك =

وقال في (مراقي السعود):

وقدم الضعيف إن جرى عمـــل به لأجل سبب قد اتصل[١].

والسبب في الترجيح بالعمل وإن استند إلى دليـــل ضـــعيف: أن المفترض فيه أن يصدر عن القضاة والمفتين العدول من أهل الاجتـــهاد، وهؤلاء يتحرون في إصدار الأحكام ما لا يتحراه غيرهم، فصار اجتهادهم مظنة لرجحان ما عملوا به؛ إذ لا يحكمون به إلا لعرف مستمر أو قاعدة عامة أو ضرورة ونحوها، وقد يكون للعمل به سبب آخر، وهـــو نفـــي التهمة عن الحاكم؛ فإنه إذا لم يحكم بما جرى به عمل القضاة قبله صـــار ذلك ذريعة إلى اتهامه بالجور أو الجهل، فيتقى ذلك لذلك[٢].

ولا يقال إن هذا من التقليد الذي ينافي العدل، ويوقع في الجور؛ لأنه تقدم أن على القاضي أن يتتبع السبب الموجب للأخذ به وترك ما سواه، فإذا رآه موافقاً للواقعة عمل به بموجب اجتهاده لا بالتقليد، فإن خالفـــه بعد ذلك لم تكن مخالفته إلا تذرعاً لتهمته وسعياً إلى مخالفة الحق، وذلك غير لائق بمنصبه ومنزلته، والله أعلم.

= بحديثٍ غيره مما لم يجر به عمل ولو كان أصح منه كما في وجوب الوضوء من القهقهة . انظر: أصول السرخسي ٢/٨ .

(١) انظر: نشر البنود على مراقي السعود ٢/ ٣٣٣.

(٢) انظر: الفكر السامي ٢/٤٠٦.

المطلب الثامن
مراعاة الاحتياط

مدخل:

يعد الاحتياط من أكثر ما ينبغي للقاضي أن يراعيه ويعتمده في أحكامه؛ إذ إن له تأثيراً في القضايا يتراوح بين التيسير والتشديد وبين التوسيع والتضييق، حسبما يؤدي إليه النظر الاجتهادي وتتحقق به المصلحة المرجوة شرعاً.

وغالباً ما يكون قصد المكلف من الاحتياط هو الخروج من دائرة الشك، وإيقاع التصرف على وجه تبرأ به ذمته بيقين، ويسلم به من تبعات الشك الخطيرة، مع ما قد يصاحب ذلك من السبق في الطاعات، والزهد في المباحات حيث يكون الاحتياط طريقاً إلى ذلك.

ولما كان الخلاف الفقهي المعتبر من أقوى الشبه المؤثرة في الأحكام - بحكم انبنائه على أدلة صحيحة في الجملة، وتردُّدِ النظر فيها بين طرفين وضح في كل منهما قصد الشارع في النفي والإثبات والإيجاب والتحريم- كان الطريق الأسلم لتجنب هذه الشبهة والريبة هو الورع، "والورع: ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه، وهو المعبر عنه بالاحتياط" [(١)].

إلا أن السلامة من تبعات الشبه لا تتأتى دائماً بالاحتياط والأخذ

---

(١) قواعد الأحكام ٥٢/٢.

باليقين، فهو - كما يقول أبو الوليد بن رشد - : "الأخذ بالأحوط وإن كان يخيل فيه أنه أولى لمكان النجاة من الذم، فكذلك يخاف لحوق الذم بزيادة ما ليس من الشرع في الشرع" [(١)].

وأكثر ما يكون الأخذ بالاحتياط مشكلاً في أبواب القضاء؛ لأن الخلاف إذا تعلق بالحقوق عسر الخروج منه بالاحتياط؛ من أجل أنه ليس أحد المتداعيين أولى به من الآخر، كما أن القاضي نفسه لا تسلم ذمته بهذا اللون من الاحتياط، فيكون المخرج منه هو الأخذ بالوسط، أو الحكم بما يسفر عنه الاجتهاد من الظن الغالب.

وفي هذا السياق أحاول – بتوفيق من الله – التأصيل لهذه المسألة في جانب الاجتهاد القضائي، ولنمهد لذلك بتعريف الاحتياط، وبيان حكمه وذكر مذاهب الناس فيه:

١- تعريف الاحتياط:

الاحتِياط لغة: افتعال من الحوط، وهو الأخذ بأوثق الوجوه.

ومدار هذه الكلمة في لسان العرب على أصل واحد وهو الشيء يطيف بالشيء، يقال: حاطه يحوطه حوطاً وحياطة إذا رعاه وتعهده بالحفظ والصيانة، ويقال: احتاط الرجل في أمره، أي أخذ فيه بالحزم والجد [(٢)].

---

(١) الضروري في أصول الفقه ص: ١٤٢.

(٢) انظر: تهذيب اللغة ١١٩/٥، مقاييس اللغة ١٢٠/٢، لسان العرب ٢٧٩/٧، المصباح المنير ١/ ١٥٧.

والاحتياط اصطلاحاً: له تعريفات عدة، منها:

١- "طلب السلامة باتقاء المرء ما يمكن أن يكون غير جائز وإن لم يصح تحريمه عنده، أو اتقاء ما غيره خير منه عند ذلك المحتاط، وهو الورع نفسه" (١).

٢- "اتباع المكلف ما أو جبه ظنه" (٢).

٣- " أن يجعل المعدوم كالموجود، والموهوم كالمحقق، وما يبرئ على بعض التقديرات يلزم به، وما لا يبرئ على كل التقديرات لا يلزم بــه، والأخذ بأقل القولين وأكثرهما" (٣).

٤- "فعل ما لاشك فيه" (٤).

وهذه التعريفات متقاربة، وهي كلها تجتمع على ما يمكن تســميته بمقتضيات الاحتياط وأسبابه، وهي: (الورع) و(اتقاء الشبهة) و(فعل ما لا شك فيه)، وهي قضايا أساسية في قواعد التشريع الإسلامي.

٢- حجية الاحتياط:

استفاضت نصوص الكتاب والسنة على حجية الاحتياط في الشريعة الإسلامية، وأنه أصل يلجأ إليه المكلف؛ تورعاً من الوقوع في الشبهات،

---

(١) الإحكام لابن حزم ٤٦/١، ٥٠.

(٢) الإحكام للآمدي ١٩٠/٢.

(٣) الإبهاج للسبكي ١٧٧/٣، والأشباه والنظائر له ١١٠/١.

(٤) المغني ١١٣/٣.

ورغبة في إبراء الذمة والخروج من مثارات الشك والحيرة، وعلى ذلك اجتمعت كلمة جمهور العلماء والأئمة:

فمن نصوص الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱجْتَنِبُوا۟ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ﴾ (١).

ووجه الاستدلال منها: أن الله عز وجل أمر باجتناب بعض ما ليس بإثم؛ خشية الوقوع فيما هو إثم، وذلك هو الاحتياط (٢).

وبيان ذلك: أن الله تعالى أمر أولاً باجتناب أكثر الظن، ثم بين أن بعضه ليس بإثم بمفهوم قوله ﴿إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ﴾ ومع ذلك نهى عنه؛ لئلا يتوصل به إلى ما هو إثم، وفي هذا إشارة إلى أنه ينبغي التوثق في أمر الظنون، وأن لا يكتفى في إثباتها بمجرد التخيل، سيما إذا تعلق بها حق الغير (٣).

وفي معنى هذه الآية: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا۟ أَن تُصِيبُوا۟ قَوْمًۢا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُوا۟ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾ (٤).

وأما دليل السنة: فأحاديث كثيرة، منها: قوله ﷺ: "إن الحلال بين، وإن الحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس، فمن

---

(١) سورة الحجرات، آية: ١٢.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١١٠.

(٣) انظر مع المرجع السابق: التفسير الكبير للرازي ٢٨/١١٥.

(٤) سورة الحجرات، آية: ٦.

اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقـــع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه" [١].

ووجه الدلالة من الحديث واضح: وهو أن الشارع الحكيم أرشد إلى اتقاء الشبهات استبراءاً للدين وحفظاً للنفس من التوسل بالمشتبه فيـــه إلى المحرم، وهو عين الاحتياط.

قال ابن دقيق العيد -رحمه الله-[٢]: "هذا أحد الأحاديث العظام الـــتي عدت من أصول الدين، فأدخلت في الأربعة الأحاديث التي جعلت أصلاً في هذا الباب، وهو أصل كبير في الورع وترك المتشابهات في الدين" [٣].

ومثله: قوله ﷺ "دع ما يَريبك إلى ما لا يريبك" [٤].

وجميع النصوص الدالة على سد الذرائع واتقاء الشبهات تصلح دليلاً لقاعدة الاحتياط.

---

(١) الحديث تقدم تخريجه ص: (٢٩٤).

(٢) ستأتي ترجمته في ص: (٤٥٩).

(٣) إحكام الأحكام ١٨٢/٤.

(٤) هو من حديث الحسنن بن علي في المسند ٢٠٠/١، وجامع الترمذي، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع (٦٦٨/٤،ح ٢٥١٨) وسنن النسائي، كتاب الأشربة، باب الحث على ترك الشبهات (٣٣٩/٣ح ٥٢٢٠)، ومصنف عبد الرزاق ١١٧/٣، وصحيح ابن حبان٤٩٨/٢، ومستدرك الحاكم ١١٠/٤. وصححه جماعة من العلماء، انظر: نصب الراية ٤٧١/٢، إرواء الغليل ٤٤/١.

٣- مذاهب الفقهاء في العمل بالاحتياط:

ذهب جمهور الفقهاء إلى العمل بمضمون هذه النصوص الدالة على اتقاء الشبهات وإبراء الذمم ما أمكن، وجعلوا ذلك أصلاً يحتكم إليه في مورد الشبهة ومواطن الشك، وهم متفاوتون في الأخذ به ما بين موسع ومضيق ، ويبدو أن أكثر المذاهب أخذاً به مذهب المالكية ثم الشافعية [١].

ولعل الفقيه أبا محمد بن حزم [٢] -رحمه الله- أكثر المضيقين في العمل

---

(١) مما يدل لذلك: أن المالكية أشد الناس اعتباراً للذرائع سداً وفتحاً، حتى قيل: إن القول بالذرائع خاص بمذهب مالك، ومعلوم أن الاحتياط راجع في حقيقته إلى اعتبار الذرائع كما لا يخفى مع التدبر، وقد قال أبو عبد الله الحطاب: " ومذهب مالك رضي الله عنه مبني على سد الذرائع واتقاء الشبهات، فهو أبعد المذاهب عن الشبه" . مواهب الجليل ٢٦/١.
وأما الشافعية: فمنهجهم في هذا الباب لا يبعد كثيراً عن منهج المالكية، وقد قال جلال الدين السيوطي في معرض ذكره لمرجحات مذهب الشافعية: "ومنها: كثرة الاحتياط في مذهبه، وقلته في مذهب غيره". جزيل المواهب ص: ٤٠، وتبقى هذه النتيجة ظنية، وقد يسفر الاستقراء عن غيرها.
وانظر أقوال العلماء في العمل بالاحتياط في: أصول السرخسي ٢١/٢، الإحكام للآمدي ٢٧٧/٤، إغاثة اللهفان ١٦٢/١الموافقات ٨٥/٣، جامع العلوم والحكم ٢٧٨/١-٢٨١.

(٢) علي بن أحمد بن سعيد بن حَزم القرطبي، فقيه أصولي حافظ محدث، قال عنه الذهبي: "رأس في علوم الإسلام متبحر في النقل عديم النظير على يبس فيه وفرط =

بالاحتياط، ومن كلامه يتبين أنه لا يرده رأساً، بل يعمل به حيث قام الدليل الخاص على الأخذ به، أو كان العمل به طريقاً إلى اليقين كما في اختلاط الحرام بالحلال؛ فإن اجتناب الكل موافق للأخذ باليقين؛ "إذ إن هذا المكان فيه يقين حرام يلزمنا اجتنابه ، بخلاف المشكوك فيه الذي لا يقين فيه أصلاً" [١].

أما في مطلق الشك فقد جعل اتقاءه حسناً في خاصة من اشتبه عليه الأمر، وجعل ذلك من قبيل الورع المندوب، أما أن يفتي به غيره، أو يقضي به عليه فلا يجوز[٢]، وكأنه نظر إلى أن الفتوى والقضاء فيهما إلزام، أما القضاء فهو موضوع لذلك، وأما الفتوى فإنه يغلب على المستفتي أن يلتزمها؛ إذ يظنها شرعاً ملزماً، والواقع خلاف ذلك، فمنع منه.

وقد أنكر - رحمه الله - التوسع في الاحتياط حتى يبلغ به حد تحريم ما لم تتيقن حرمته، أو إيجاب ما لم يُتيقن وجوبه، وعقد لذلك باباً في كتابه (الإحكام في أصول الأحكام) [٣].

ومن قوله في ذلك: "وكل احتياط أدى إلى زيادة ما لم يأذن به الله

= ظاهرية في الفروع لا الأصول...وكان ينهض بعلوم جمة، وفيه دين وخير، ومصنفاته مفيدة" من آثاره: (المحلى بالآثار) و(الفِصل في الملل والنحل) ت:٤٥٦هـ. السير ١٨٤/٨، وفيات الأعيان ٣٢٥/٣، نفح الطيب ٧٧/٢.

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١٩١/٦.

(٢) انظر الإحكام ١٨٦/٦-١٩١.

(٣) انظر منه ج ٦/ ١٧٩ وما بعدها .

تعالى في الدين، أو إلى النقص منه، أو إلى تبديل شيء منه فليس احتياطاً، ولا هو خيراً، بل هو هلكة وضلال وشرع لم يأذن به الله تعالى، والاحتياط كله لزوم القرآن والسنة" [(١)].

والحاصل: أن دلائل الشريعة قامت على حجية الاحتياط، و المذاهب الأربعة متواطئة على العمل به في مواطن الشبهات، ومن هنا صح القول بأنه من قواعد الشريعة وأصولها، والذي يصحح ذلك: الاستقراء التام لمسائل الذرائع، فإنها في جملتها راجعة إلى الاحتياط كما سيتبين بحول الله.

يقول الشاطبي -رحمه الله-: "الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري، أو حاجي، أو تحسيني[(٢)]"[(٣)].

---

(١) الإحكام ٥/٨ .

(٢) الضّروريات: هي "المصالح التي تتضمن حفظ أحد مقاصد الدين الكبرى، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسب" المحصول ٥/٢٢٠، أما الحاجيات: هي "ما كان مفتقراً إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب" الموافقات ٢/٢١. وأما التحسينيات: فهي "ما يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزائد ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات". المستصفى ص ١٧٥.

(٣) الموافقات ٣/٨٥ .

٤- الحكم التكليفي للاحتياط:

الاحتياط في أصله مباح يخير المكلف في الأخذ به وتركه، ولكن قد يعرض له ما يوجب له حكماً مغايراً من الوجوب أو الحرمة فما دونهما بحسب ما يفضي إليه، وعلى ذلك فإن الاحتياط على ثلاثة أقسام:

١- الاحتياط الواجب: وهو: "كل ما كان وسيلة إلى تحصيل ما تحقق تحريمه، فإذا دارت المصلحة بين الإيجاب والندب كان الاحتياط حملها على الإيجاب؛ لما في ذلك من تحقق براءة الذمة، وإذا دارت المفسدة بين الكراهة والتحريم فالاحتياط حملها على التحريم، فإن كانت مفسدة التحريم محققة فقد فاز باجتنابها، وإن كانت منفية فقد اندفعت مفسدة الكراهة وأثيب على قصد اجتناب المحرم؛ فإن اجتناب المحرم أفضل من اجتناب المكروه كما أن فعل الواجب أفضل من فعل المندوب" [١].

٢- الاحتياط المندوب: وهو "كل ما كان الأخذ به من قبيل الورع والاستبراء للدين والخروج من دائرة الشك والحيرة، وحاصله: اجتناب كل مفسدة موهمة، وفعل كل مصلحة موهمة" [٢] .

وهذا الحكم هو الغالب على مَحال الاحتياط ومسائله؛ لأنه جار في مجمله مجرى الورع في اتقاء الشبهات، وترك ما يشك فيه، ولا يتجاوز بالورع حد الندب والاستحباب.

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/١٥، وانظر: فتح الباري ٤/٢٩٣.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/١٤، وانظر: فتح الباري ٤/٢٩٣.

قال ابن حزم: "وليس الاحتياط واجباً في الدين، ولكنه حسن، ولا يحل أن يقضى به على أحد، ولا أن يلزم به أحد، لكن يندب إليـــه؛ لأن الله تعالى لم يوجب الحكم به" [١].

٣- الاحتياط المحرم: وهو كل احتياط خالف نصاً شرعياً لا معارض له، أو كان من قبيل الوسوسة والشك، أو التنطع في الدين، وبالجملـــة: كل ما خالف شرطاً من شروط العمل بالاحتياط فهو محرم .

قال ابن القيم: "وينبغي أن يعلم أن الاحتياط الذي ينفـــع صـــاحبه ويثيبه الله عليه هو الاحتياط في موافقة السنة وترك مخالفتها، فالاحتيـــاط كل الاحتياط في ذلك... وكان شيخ الإسلام ابن تيميـــة -رحمـــه الله- يقول: "والاحتياط حَسن ما لم يفض بصاحبه إلى مخالفة، فإذا أفضـــى إلى ذلك فالاحتياط ترك هذا الاحتياط" [٢].

٥- شروط العمل بالاحتياط:

لئن كان الاحتياط مسلماً به مخرجاً لاتقاء الشبهات والاستبراء للدين إلا أنه ليس كلما عنَّت الشبهة للمجتهد أو لعموم المكلفين كان اتقاؤهـــا والاحتياط لها من الورع المحمود، بل لا يسلم العمل بهذا الأصل إلا حيث تقوى الشبهة، وتتضارب الأدلة على وجه لا يظهر معه رجحـــان حكـــم

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١/٥٠. وانظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٤/١٨٢.

(٢) إغاثة اللهفان ١/١٦٢-١٦٣، وانظر: مجموع الفتاوى ٢٦/١٢٤.

معين، وقد صرح الفقهاء -رحمهم الله- بأنه إنما يراعى من الخلاف ما قوي دليله، وتعاضدت فيه الأدلة بأصول لا يمكن معها رجحان الرأي الآخر[١].

وكذلك الشبهات إنما يحتاط لها حيث لا يكون ترك العمل بها مناقضاً لمقصود الشرع، أو لنص واضح جلي، وهو معنى كونها قوية.

وبيان ذلك: أن الحكم الاجتهادي يقع على طرفي نقيض وواسطة، فإنه إما أن يتضح فيه وصف الحرمة بجلاء فهو المحرم الممنوع، وإما أن يتضح فيه وصف الحلية بجلاء فهو الحلال الجائز، وإما أن يتردد في النظر بين الطرفين، ولا يترجح فيه حكم معين، فهو المتشابه الذي يسلم الورع في تركه والعدول عنه إلى الواضح الجلي كما أرشد إليه النبي ﷺ [٢].

وهذا قولي جُملي في ضبط ما يُتقى من الشبهات وما يشرع فيه الورع والاحتياط، وقد فُصل القول فيه بذكر شروط لا تخرج عن هذا المعيار، وهي بالجملة ثلاثة:

١- أن لا يكون في المسألة نص صريح، أو قاعدة على خلاف العمل به، فإن كان لها أصل ترجع إليه كان هو المرجع، وكل احتياط جاء على خلافه فهو ساقط الاعتبار، وإن سمي ورعاً أو احتياطاً، وهو

---

(١) انظر: البيان والتحصيل ٣٠١/٤، المنثور ١٣٠/٢،قواعد الأحكام ٩٣/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٤.

(٢) انظر: إغاثة اللهفان ١٦٣/١، قواعد الأحكام ٩٢/٢، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٨٢/٤، المفهم للقرطبي ٤٨٨/٤- ٤٩١.

عند التحقيق ضرب من الوسوسة والتنطع في الدين، وقد يكون الاحتياط في ترك هذا الاحتياط [(١)].

يقول الإمام ابن تيمية - رحمه الله- : "العمل بالاحتياط إنما يشرع إذا لم تستبن سنة رسول الله ﷺ، فإذا تبينت السنة فاتباعها أولى" [(٢)].

٢- أن لا يوقع العمل بالاحتياط في الحرج والمشقة التي لم يعهد مثلها في التكليف، فإن ترتب عليه ذلك لم يلتفت إليه؛ لأن تكاليف الشرع موضوعة على قصد التيسير ورفع الحرج، وكل تصرف أدى إلى مثل هذا الحرج فهو مناقض لقصد الشارع، فيطرح بلا مرية.

يقول أبو إسحاق الشاطبي-رحمه الله-: "ونهي النبي ﷺ عن التشديد شهير في الشريعة بحيث صار أصلاً فيها قطعياً، فإذا لم يكن من قصد الشارع التشديد على النفس كان قصد المكلف إليه مضاداً لما قصد الشارع من التخفيف المعلوم المقطوع به، فإذا خالف قصده قصد الشارع بطل ولم يصح، وهذا واضح، وبالله التوفيق" [(٣)].

٣- أن لا يؤدي العمل بالاحتياط إلى تفويت مصلحة راجحة، فإن أدى لذلك سقط اعتباره، وقدم في الاعتبار رعي المصلحة؛ لأن الشرع مبني على جلب المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها.

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى ١٠/٥١٢، المفهم ٤/٤٩٠، فتح الباري ٤/٢٩٥.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٦/٥٤.

(٣) الموافقات ٢/٢٢٩.

يقول الإمام ابن تيمية: "الورع المشروع هو الورع عما قد تخاف عاقبته، وهو ما يعلم تحريمه، وما يشك في تحريمه وليس في تركه مفسدة أعظم من فعله...وكذلك من الورع الاحتياط بفعل ما يشك في وجوبه لكن على هذا الوجه، وتمام الورع أن يعلم الإنسان خير الخيرين وشر الشرين، ويعلم أن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، وإلا فمن لم يوازن ما في الفعل والترك من المصلحة الشرعية والمفسدة الشرعية فقد يدع واجبات، ويفعل محرمات، ويرى ذلك من الورع، كمن يدع الجهاد مع الأمراء الظلمة ويرى ذلك ورعاً، ويدع الجمعة والجماعة خلف الأئمة الذين فيهم بدعة أو فجور ويرى ذلك من الورع، ويمتنع عن قبول شهادة الصادق، وأخذ علم العالم لما في صاحبه من بدعة خفية، ويرى ترك قبول سماع هذا الحق الذي يجب سماعه من الورع" [(١)].

أثر الاحتياط في الأحكام القضائية:

ظهر مما سبق أن الاحتياط أصل عظيم في الدين شرع لاتقاء الشبهات، والخروج من ضيق الشك والحيرة إلى سعة العلم واليقين حتى يطمئن المكلف من أداء التصرف على وجهه، ويسلم من تبعات الشك الخطيرة، وتقرر هنالك أنه يغلب عليه الندب من أجل ما يقترن به من الورع المحمود والكف عن الفعل ابتغاء مرضات الله وإن كان في أصله

---

(١) مجموع الفتاوى ٥١٢/١٠.

مباحاً، وإذا ثبت هذا أصلاً في عموم الدين فهل هو كـــذلك في مجـــال القضاء، أعني أنه يحتكم إليه القاضي على غرار ما يحتكم إليه الفقيه مِـــثلاً بمثل، أم أنه يأخذ وصفاً آخر، ويضبط بمعيار مغاير لهذا المعيار ؟.

وللجواب عن هذا السؤال أقول: الواقع أن الفقهاء -رحمهـــم الله- عندما يطلقون الحكم على أمر مّا بأنه أصل يرجع إليه في الأحكام فـــإنهم يريدون بذلك تعميم الحكم به في كل أبواب الفقه من غير استثناء، وهذا كان مرادهم في الاحتياط، فلم يريدوا تخصيص الحكم به في بـــاب دون آخر، بل شمل العبادات والمعاملات على السواء بما فيها باب القضاء.

وهذا أمر مسلم، أعني أن العمل بالاحتياط لـــه مجـــال فسـيح في الاجتهاد القضائي، إلا أنه لا يمكن القول بأن الاحتياط يحكم به القاضي على غرار ما يعمل به الفقيه، ويفتي به المفتي، بل يسلك به مسلكاً آخر، ويضبطه بمعيار مغاير لذلك المعيار، والسبب في ذلك أمران:

أحدهما: أن حكم القاضي لازم للخصوم، ولا يقبـــل الخـــيرة ولا النقض متى صدر على وجهه، وهذا المبدأ لا يتناسب مع طبيعة الاحتياط؛ إذ إنه في الأصل مباح أو مندوب إليه، والندب والإباحة دون الوجوب؛ فإنهما جائزا الفعل والترك وإن كان المندوب مرغباً في فعله، فمتى حكـــم القاضي بالاحتياط صير الأخذ به لازماً، وهو وضـــع للشـــيء في غـــير موضعه، ورفع له عن رتبته، مع ما قد يكون في ذلك من إيثـــار بعـــض الخصوم بالحكم له على الآخر.

ومن هنا يبدو الفرق بين المفتي والحاكم، فالمفتي إن أفتى غيره بالاحتياط كانت الخيرة فيه باقية، ولا ترفعه فتواه عن منزلة الندب أو الإباحة، وأما القاضي فحكمه على خلاف ذلك كما تقرر.

الثاني: أن القضاء شديد التعلق بحقوق الآدميين، وهي معظم اختصاصاته، وهذه الحقوق قد يتعذر الأخذ فيها بالاحتياط ؛ لأنها مبنية على التشاح والأثرة، والاحتياط فيها إما أن يكون من قبيل الصلح، وهو طريق مغاير لطريق القضاء في الفصل بين الخصوم؛ إذ لا يلزم الخصوم بالصلح، ولا يتبين معه المحق من المبطل، وإما أن يكون على وجه الترجيح لأحد الحكمين على الآخر، وهو مناف لمقصود الاحتياط؛ إذ إن الشبهة مع ذلك لا تفارق ذمة القاضي؛ فإن الخلاف يبقى ثابتاً حتى على هذه الحال، وهو من أقوى الشبه، وربما جر الاحتياط إلى الإضرار بأحد الخصمين، مع أن المنتفع به ليس أولى بالحكم له من الآخر.

ومثال ما يوضح هذا: أن الفقهاء -رحمهم الله- اختلفوا في طلاق المكره والسكران والمجنون والغضبان وغيرهم، فمن ألزم بهذا الطلاق بحجة الاحتياط للفروج لا تستقيم له حجته؛ لأنه قد حرم الفرج على هذا المطلق، وأباحه لغيره على وجه ليس فيه يقين بأن المطلقة قد خرجت من عصمة زوجها الأول؛ إذ خلاف الأئمة باق على ذلك، فأين الاحتياط هاهنا؟، وقد كان الأجدر بهذه الطريقة تحريم هذه المطلقة على الرجال جميعاً !.

وحتى الذي يمنع جواز هذا الطلاق لا يسلم له أن يتمسك في منعه بالاحتياط لحق الزوج الأول؛ لأن شبهة الخلاف قائمة حتى على هذا القول، فلم يبق إلا الترجيح، أو التشبث بالأصل القاضي بأن الزوجة باقية في عصمة زوجها حتى تجتمع الأمة على الطلاق [١].

ومثال آخر ذكره العز بن عبد السلام - رحمه الله- وهو: ما لو تنازع يتيمان في حق مختلف في وجوبه، فلا يمكن التورع والاحتياط فيه بالصلح ؛ إذ لا تجوز المسامحة بمال أحدهما، قال: وعلى الحاكم التوسط في الخلاف [٢].

ومن أجل هذا الإشكال قصر الأحناف الاحتياط على حقوق الله خاصة، وأما حقوق العباد فلم يجوزوه فيها إلا في صور، وجعلوا ذلك أصلاً في هذا الباب [٣].

وإذا تبين هذا فإن الطريق الأسلم لاتقاء شبهة الخلاف في حقوق الآدميين هو الموازنة بين المصالح والمفاسد، فأي قول ترجح جانبه بقوة المصلحة أو كثرتها كان أخلق بالاحتياط له من القول المرجوح، وهذا هو المعتبر في الاحتياط وهو الأصل فيه، أعني أنه شرع لتحصيل مصلحة أو دفع مفسدة، فمتى كان الاحتياط أنفع للخصوم، وأوفق لمقصود الشرع تعين

---

(١) انظر: إغاثة اللهفان ١/١٦٢.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/٢٠.

(٣) انظر: أصول الكرخي ص: ٣٧٢.

المصير إليه أو نُدب، على حسب قوة المصلحة وضعفها، ومتى جاء على خلاف ذلك لم يلتفت إليه، بل لا يكون في الحقيقة احتياطاً بل توهماً.

ويتأكد تحكيم هذا القانون والعمل به كلما قوي الحق وعظم ميزانه في نظر الشرع، مثل حق الدماء والأبضاع والأموال والقرابة، وكذلك حق من لا يتمكن من إثبات حجته كاليتيم والصبي والمجنون والغائب، فهذه الحقوق آكد من غيرها وأعظم؛ ولذلك شدد الشرع في شأنها، وأرشد القاضيَ إلى التريث في إثباتها، فلا يستقيم له إقامة حد ما على نفس معصومة إلا حيث تقوى الحجة وتنتفي الشبهة، أما مع الخلاف المعتبر فالاحتياط أن لا يقدم على حدها؛ إذ لا يتضرر أحد بإبقائها سليمة حتى لو كانت جانية؛ فإنه يمكن تلافي الضرر بالدية أو التعويض من بيت المال، وبالجملة "فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبينة العادلة أو بالاعتراف، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالظن أو بالاجتهاد المشكوك فيه؛ لأنه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات" [١].

وكذلك الشأن في سائر العقوبات التي هي دون الحدود مما اختلف فيه أهل العلم لا يسوغ للحاكم أن يقدم على تنفيذها إلا بعد التحقق منها، ولا يسوغ إيقاعها بالشبهة، بل القاعدة أن "إسقاط العقوبة بالشبهة أقرب إلى قواعد الشريعة من إثباتها بالشبهة" [٢].

---

(١) بداية المجتهد ٢/٩٠، وانظر: المغني ١٠/١٣٩.

(٢) انظر: الطرق الحكمية ص: ٦٦.

وهكذا يجري الحكم في سائر حقوق الآدميين التي اختلف فيها مثل حق الأبضاع والأموال ونحوها، فمتى كان الاحتياط فيها لا يضر بأحد الخصمين، ولا يعارض الشرع، تعين الحكم به؛ إذ المصلحة العليا على هذا الفرض كائنة في جانبه، والشريعة مبنية على تحصيل المصلحة ما أمكن وتكثيرها، ودرء المفسدة ما أمكن وتقليلها.

وكذلك يطرد العمل بهذا القانون في سائر أنواع التعارض التي يختبرها القاضي سواء كان في أدلة الشرع كتعارض النصوص والظواهر والأقيسة ونحو ذلك، أو في أدلة الوقوع، وهي البينات والقرائن، فعلى القاضي أن ينظر فيما يسفر عنه الحكم فيها بالاحتياط من المصالح والمفاسد، ثم يحكم بموجب ذلك، ومتى شيبت المصالح بشيء من المفاسد جبرت بما يدفع المفسدة أو يقللها [1].

وقد وضع الفقهاء -رحمهم الله- قواعد في هذا الصدد روعي فيها جانب المصلحة، وهي مبنية على الاحتياط، منها: قاعدة "درء الحدود بالشبهات" [2]، و"درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" [3]، و"الأصل

(١) مجموع الفتاوى ٥١٢/١٠، الطرق الحكمية ص: ٢١٢، إحكام الأحكام ١٨٢/٤.

(٢) انظر بحث هذه القاعدة ص: (٥٧١)، وانظرها في قواعد الأحكام ١٣٧/٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٦١/١.

(٣) انظرها في: الموافقات ٣٠٠/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٧٥/١.

في الأبضاع التحريم" [١]، وقاعدة: "مراعاة الخلاف" [٢].

وهذه القواعد مما يعين القاضي على معرفة الأحوط من الأحكام، لكنها لا تستقل بالكشف عن الصواب في الأحكام القضائية، بل لا بد معها من تحقيق المناط الخاص، واعتبار المآل، والموازنة بين المصالح والمفاسد على ما مر تقريره في طرق الترجيح ودفع التعارض.

وحاصل ما يمكن أن يقال في هذا الصدد: أن باب الاحتياط في الأحكام القضائية عسير ضبطه إلا على من بصره الله بالقضاء، وكان له شأو في معرفة رتب المصالح والمفاسد وتقديرها؛ والسبب في هذا يرجع إلى أن الأحكام القضائية تختلف باختلاف النوازل، بل تختلف حتى في النازلة الواحدة؛ لما مر من أن مناطات الأحكام العامة والخاصة لا تكاد تتفق في محل، فمن هنا عسر إيجاد قانون يضبط هذا اللون من الاحتياط، إلا أن القاضي يعالج التعارض في أحكامه بما مر ذكره من الطرق والقواعد، وبمراعاتها يسلم من الخطأ والجور في حكمه، والأفضل له أن يسعى قبل القضاء إلى الصلح بين الخصوم في مسائل الاجتهاد التي لا يقطع فيها بأرجحية حكم على آخر، فهو من الاحتياط المندوب، كما نص عليه العز بن عبد السلام -رحمه الله- [٣].

---

(١) انظر: المنثور ١/١٧٧، الموافقات ١/٤٠٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٩٨.

(٢) سيأتي بحث هذه القاعدة في ص: (٧٠٤).

(٣) انظر: قواعد الأحكام ٢/٢٠.

المطلب التاسع
اعتبار النوايا والمقاصد

إن نوايا المكلفين ومقاصدهم معتبرة في عموم تكاليف الشرع من عبادات ومعاملات وسائر أنواع التصرفات، فمتى ظهرت المقاصد، واتضحت النيات كان الحكم تابعاً لها ومُنزلاً على وفقها، ومتى خفيت نُزل الظاهر منزلتها إلا أن توجد قرينة تصرف عن هذا الظاهر، وتكشف النية الباطنة، فالعمل حينئذ على وفق ما تسفر عنه القرينة وشواهد الحال.

هذا في الجملة قاعدة هذا الباب وأساسه، وبشيء من التأمل فيها يتضح للقارئ الكريم جانب آخر من جوانب روح الشريعة ورحمتها بالناس وسموها على سائر الأنظمة والدساتير؛ ذلك أن التكليف في الشرع منوط بالقدرة والاستطاعة، والتصرف بالقول أو الفعل متى صدر عن المكلف بغير إرادته وقصده كان خارجاً عن مناط التكليف، فصار كفعل المجنون وعبث النائم، ولذلك فإن المؤاخذة عليه حينئذ تكون من قبيل التكليف بما لا يطاق، أو بما فيه حرج وعنت، هذا وجه في اعتبار هذا الأصل من كمال الشريعة وسموها.

وثمة وجه آخر: وهو أن الثواب والأجر الأخروي لما كان متوقفاً على الإخلاص وإرادة وجه الله بالعمل ناسب من باب العدل والمساواة أن يكون العقاب والثواب الدنيوي مثل ذلك إلا فيما استثناه الشرع مما سيأتي ذكره، ولا يخفى أنه لو جعل ما للمكلف مشترطاً فيه القصد والنية

وما عليه يؤاخذ به ولو تخلف عنه قصده لكان فيه نوع حرج مع مجانبة للعدل الذي تميز به هذا الدين، وسما به على الأنظمة والقوانين.

فمن هنا قال العلماء: "النيات والمقاصد رأس الأمر وعموده وأصله الذي عليه يبنى؛ فإنها روح العمل وقائده وسائقه، والعمل تابع لها يبنى عليها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها، وبها يستجلب التوفيق، وبعدمها يحصل الخذلان، وبحسبها تتفاوت الدرجات في الدنيا والآخرة" (١).

واستقصاء البحث في أحكام النية ليس مما تعلق به الغرض في هذا الكتاب، فهي كما يقول تاج الدين السبكي: "قاعدة طويلة الذيل متسعة الأنحاء" (٢)، وقد أشبعها بحثاً الفقهاء والباحثون في القديم والحديث (٣).

---

(١) إعلام الموقعين ١٩٩/٤.

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٥٥/١.

(٣) وممن ألف في ذلك: ابن الفراء محمد بن محمد بن الحسين المتوفى سنة ٥٢٦هـ في كتابه: (المقنع في النيات)، وشهاب الدين القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ في كتابه: (الأمنية في إدراك النية) وكتابه هذا على صغر حجمه من أنفس ما ألف في هذا الباب، ويحتوي على مباحث جليلة قل من تطرق إليها، وكذلك ألف علي بن محمد القاري المتوفى سنة ١٠١٤هـ كتاباً سماه: (تطهير الطوية بتحسين النية) ومن المعاصرين: محمد بن سليمان الأشقر في كتابه: (مقاصد المكلفين) ومحمد ابن غانم السدلان في أطروحته للدكتوراه: (النية وأثرها في الأحكام الشرعية) وتجد مباحث النية في كتب القواعد الفقهية في بحث قاعدة "الأمور بمقاصدها" وقد أفردها بالبحث د. يعقوب الباحسين في جزء عنونه باسم القاعدة.

وإنما يتعلق الغرض بتأثيرها في الحكم القضائي، وبين يـــدي ذلـــك بحث هذه الجمل:

١- تعريف المقاصد والنيات:

غالباً ما يقرن بين هذين اللفظين في كتب الفقه والأصول؛ لما لهمـــا من مدلول مشترك في أصل اللغة والشرع، وذلك أن النِّية في اللغة تـــدل بمادهما على قصد الشيء، والتوجه إليه، والعزم على فعله، هذا هو الشائع في استعمال هذه الكلمة والمفهوم منها عند الإطلاق [١].

وهذا المعنى نفسه هو المدلول الغالب لمادة (قصد) وما تصرف منها، يقال في الاستعمال: قصد الشيء وقصد إليه بمعنى توجه إليه [٢].

وإذا عدنا إلى المعنى الشرعي الاصطلاحي لكلا اللفظين نجد أنهمـــا يتفقان في نفس المعنى اللغوي مع إضافة بعض القيود الاصطلاحية، ولذلك تجد في كلام الفقهاء تفسير أحد اللفظين بالآخر، وتشريكهما في نفـــس الحكم، فقد قال الزَّركشي [٣] في تعريف النية: إنها "ربط القصد بمقصود

---

(١) انظر: تهذيب اللغة ٣٩٩/١٥، مقاييس اللغة ٥٦٦/٣، لسان العرب ٣٤٧/١٥.

(٢) انظر: لسان العرب ٣٥٣/٣، المصباح المنير ٢/ ٥٠٥.

(٣) محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين الزركشي، "كان فقيهاً أصولياً أديباً فاضلاً، منقطعاً إلى الاشتغال بالعلم لا يشتغل عنه بشيء" من آثاره: (البحر المحيط) في أصول الفقه، (شرح التنبيه للشيرازي) توفي سنة ٧٩٤هـ. انظر: طبقات الشافعية لابن شهبة ١٦٧/٣، الدرر الكامنة ١٣٣/٥، شذرات الذهب ٣٣٥/٦.

معين، والمشهور أنها مطلق القصد إلى الفعل" [(١)].

ونَقل عن أبي الحسن الماوَردي [(٢)] أنها: "قصد الشيء مقترناً بفعله، فإن قصده وتراخى عنه فهو عزم" [(١)].

وقال القرافي: "حقيقة النية: قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله، فهي من باب العزوم والإرادات، لا من باب العلوم والاعتقادات" [(٣)].

وصدّر الإمام الشاطبي في (الموافقات) في القسم الثاني من كتاب المقاصد، - وهو ما يرجع إلى مقاصد المكلف في التكليف - بمسألة تدل على هذا ، وهي: "أن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات" [(٤)].

والحاصل: أن اللفظين غالباً ما يترادفان هذا المعنى في اللغة والشرع، فهما إذن من قسم المرادف.

---

(١) المنثور ٣/٢٨٤.

(٢) علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي البصري، من أعيان الشافعية، وأحد أئمة أصحاب الوجوه في المذهب، ولي القضاء ببلدان شتى، وكان رجلاً عظيم القدر، متقدماً عند السلطان، أحد الأئمة، له التصانيف الحسان في فنون شتى من العلم . من آثاره: (الأحكام السلطانية) (الحاوي) في الفقه (أدب الدنيا والدين). توفي سنة ٤٥٠هـ .انظر: وفيات الأعيان ٣/٢٨٢، طبقات ابن السبكي ٥/٢٦٧، طبقات ابن قاضي شهبة ١/٢٣٠.

(٣) الذخيرة ١/٢٤٠.

(٤) الموافقات ٣/٧.

٢- شواهد اعتبار المقاصد والنيات:

لا تكاد تنحصر أدلة اعتبار هذا الأصل في شرائع الإسلام وتكاليفه؛ وذلك لما يتميز به من شمول واسع لكثير من الفروع والأحكام؛ إذ يشمل العبادات والعادات وسائر التصرفات على حد سواء، وهو نواة التكليف وأساسه، وبه يميز بين ما هو عادة وما هو عبادة، وبين ما هو واجب وغير واجب، وما هو حرام أو مكروه، أو مندوب أو مباح، أو صحيح أو فاسد، أو عمد أو خطأ، بل يدخل في العقائد أيضاً فيصير الشيء الواحد إيماناً تارة وكفراً تارة أخرى باختلاف النية والقصد كالسجود لله أو للصنم، فهو إذاً من أصول الدين العظيمة وقواعده المتينة [(١)]، وهذه جملة من الشواهد لذلك:

قال الله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ﴾ [(٢)].

وقال سبحانه: ﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ﴾ [(٣)].

وتواتر عن النبي ﷺ قوله: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى" [(٤)].

---

(١) انظر: الذخيرة ٢٤٢/١، الموافقات ٧/٣-٩، الأشباه للسيوطي ص: ١٢.

(٢) سورة المائدة، آية: ٨٩.

(٣) سورة البينة، آية: ٥.

(٤) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي (٣/١ ح ١)، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب الأعمال بالنية (١٥١٥/٣ ح ١٩٠٧).

وقد عظم الفقهاء هذا الحديث حتى قال أبو عبيد القاسم بن سلام [١]: "ليس في أخبار النبي ﷺ شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه" [٢].

واتفق الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وجماعة آخرون من أهل العلم على أنه ثلث العلم، ومنهم من قال ربعه، ونقل عن الشافعي أنه قال: "يدخل هذا الحديث في سبعين باباً من أبواب الفقه" [٣].

ومن هذا الحديث صاغ الفقهاء قاعدة المقاصد التي يرجع إليها ما لا ينحصر من الفروع، بل الدين في جملته كما قال العلماء، وهي قاعدة: "الأمور بمقاصدها" [٤].

---

(١) القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي مولاهم، أبو عبيد، إمام حافظ، وبحر لافظ، له باع كبير في شتى علوم الشريعة، ويقال: إنه أول من صنف في غريب الحديث، ومكث في تصنيفه نحواً من أربعين سنة، قال إسحاق كما في السير: "إن الله لا يستحيي من الحق، أبو عبيد أعلم مني ومن ابن حنبل والشافعي". من آثاره: (الغريب المصنف) (كتاب الأموال) توفي سنة ٢٢٤هـ. ينظر: وفيات الأعيان ٤/٦٠، سير أعلام النبلاء ١٠/٤٩٠.

(٢) انظر: فتح الباري ١/١١.

(٣) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١٣/٥٣، جامع العلوم والحكم ١/٢٣-٢٥، فتح الباري ١/١١.

(٤) انظر القاعدة في إعلام الموقعين ٣/٩٥-١١١، الأشباه لابن السبكي ١/٥٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٤٣، ودرر الحكام ١/١٩.

وبالجملة: فلا تكاد تجد حكماً بالحل أو الحرمة أو الصحة أو الفساد إلا وللقصد فيه مدخل، "فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكـــام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منـــها كفعـــل النـــائم والغافل والمجنون" [(١)].

أثر المقاصد والنيات في الحكم القضائي:

بالنظر في مسائل القضاء وأحكامه يتبين أن المقاصد والنيات لها أثر كبير في الكشف عن ماهية الحكم المناسب للواقعة المعروضـــة للقضـــاء، وتصنيف تصرفات المدعين إلى ما هو صحيح مقبول، وما هـــو باطـــل مردود، وما هو عمد وما هو خطأ، وما هو موجب للعقوبة البليغـــة أو التعزير، وما هو عفو لا يؤاخذ صاحبه .

وأبعد من هذا أن المقاصد تحسم النزاع في بعض مسائل الخلاف، فلا يكون للقاضي محيد عن اعتبارها، وهذا كما في العقود والأنكحة المختلف فيها والتي يعتقد المخالف فيها أنه على حق، ومثل الجرائم التي ترتكـــب بنوع تأويل سائغ كتأويل البغاة، فالنيات والمقاصد كانت في الغالب وراء تنوع هذه الأحكام واختلافها؛ ولذلك فالجدير بالقاضي أن يكون فقيهاً بهذا الباب حتى لا يجور في حكمه أو يحيد عن جادة الصواب، هذا مـــع الأخذ بعين الاعتبار أن كثيراً من الخصوم ربما احتال على حـــق غـــيره

---

(١) الموافقات ٩/٣.

بدعوى القصد المخالف للظاهر، أو بتحريف الكلم عن مواضعه ليّاً وخداعاً، فإذا لم يكن القاضي ماهراً في استجواب الخصوم والكشف عن المتهمين، ولم تكن له معرفة بهذه الحيل كان إلى الجور أقرب منه إلى العدل.

وإذا تبين أن المقاصد لها أثرها الكبير في القضاء فإنه من تمام البيان سوق ما يدل لذلك من المثل والأحكام، وهذه جملة منها:

١- المقاصد والنيات هي مناط العمد والخطأ:

مما هو معلوم في الفقه الإسلامي أن الجرائم الموجبة للعقوبة مثل القتل والقذف والزنا وسائر الحدود تختلف أحكامها باختلاف طبيعتها، فما كان منها عمداً أوجب الحد المقرر لها من القصاص أو الجلد أو الرجم أو نحو ذلك، وأما الخطأ منها فلا يبلغ به الحد، بل يكون أخف منه، تارة بالعفو مع الدية التي تحملها العاقلة أو العفو بإطلاق كما في القصاص، وتارة أخرى بما يراه الحاكم من أنواع التعزير إما بالغرم أو الحبس أو التأديب أو نحو ذلك مما يختلف باختلاف الأشخاص وبحسب ظهور العمد وخفائه.

والعمد أو الخطأ في مثل هذه الأفعال مرجعه إلى القصد والنية، فهي المناط لهذين الوصفين، غير أنه لا تقبل دعوى الخطأ بإطلاق سيما إن تعلق الأمر بحقوق العباد، بل الأصل هو الوقوف مع الظاهر، ولا يصار إلى غيره مما يُدّعى إلا بقرينة وبينة، فجريمة القتل مثلاً متى حصلت بآلة تقتل في الغالب كان ظهور العمد فيها جلياً، ولا تقبل فيها دعوى الخطأ من غير

بينة، وأما إن حصلت بغير ذلك فهي مترددة بين شبه العمد والخطأ [(١)].

وفي بعض الأحوال يختلف حكم هذه الجرائم ؛ لاختلاف القصد، وهذا مثل ما لو قتل الوكيل في القصاص الجاني إن قصد قتله عن الموكل أو قتله بشهوة نفسه، ومثل المرتد والسارق فيما إذا أخذ آلات الملاهي بقصد كسرها وإشهارها أو بقصد سرقتها، وفيما إذا أخذ الدائن مال المدين بقصد الاستيفاء أو السرقة، فلا يقطع في الأول، ويقطع في الثاني[(٢)].

وإذا تعلق الخطأ بحقوق الله فإن الحكم يكون أخف مما لو تعلق بحقوق الآدمي، وذلك مثل خطأ المجتهد والمفتي والحاكم، فلا تبعة على هؤلاء، لأنه قد أذن لهم في الاجتهاد، ولا عهدة على مجتهد، كما أنه يصلح شبهة دارئة للعقوبات التي هي حق خالص لله تعالى، مثل من زفت إليه غير امرأته فوطئها يظنها حليلته، فلا شيء عليه باتفاق أهل العلم كما تقدم [(٣)].

---

(١) شبه العمد: أحد أقسام القتل، وهو: "أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً، كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز باليد، ونحوها مما لا يقتل غالباً، ويسمى عمد الخطأ، وخطأ العمد".
وأما الخَطأ : فهو: "أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه، ويقتله، مثل أن يرمي صيداً أو هدفاً فيصيب إنسانا فيقتله". المغني ٢١٦/٨-٢١٧، وانظر منه: ج ٢٠٧/٨.

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٠ .

(٣) ص: (٤٤٨)، وانظر: المغني ٥٥/٩، التقرير والتحبير ٢٧٢/٢-٢٧٣.

أما حقوق العباد: فإنه ينظر إلى الحق، فإن كان عقوبة فعلى ما سلف، وإن كان مالاً وجب عليه الضمان؛ دفعاً للحرج عن الناس، ولأن "الخطأ والعمد في أموال الناس سواء" (١).

أما إن تعلق الخطأ بما عدا ذلك: فلا اعتداد به، وهذا مثل الخطأ في الطلاق، فلا اعتداد به قضاء وديانة في أصح أقوال أهل العلم؛ لانتفاء القصد الذي هو شرط في لزوم التكليف، وإذا كان الله عز وجل قد رفع المؤاخذة وإجراء حكم الردة على من تكلم بالكفر خطأً من شدة الفرح فهذا أولى بالتخفيف ورفع الحرج عنه (٢).

فالشاهد من هذا كله: أن النيات والمقاصد هي المناط لتمييز الخطأ من العمد، وهي الكاشف عن الحكم المناسب للواقعة المعروضة على القضاء، وهذا يؤكد ما تقدم من لزوم مراعاة المقاصد وأهميته في باب القضاء.

٢- ألفاظ المكلفين تحمل على مقاصدهم:

الأصل في الألفاظ أنها تحمل على ما وضعت له في أصل اللغة والعرف، ولا تصرف لغير ذلك إلا بقرينة؛ وهذا لأن المقاصد لا يطلع

---

(١) انظر: الذخيرة ٢٦٩/٨، المنثور ١٢٢/٢، إعلام الموقعين ١٧١/٢، التقرير والتحبير ٢٧٣/٢.

(٢) انظر في هذه المسألة : فتح القدير لابن الهمام ٥/٤، التقرير والتحبير ٢٧٣/١، الذخيرة ٥٨/٤، الشرح الكبير للدردير ٣٦٦/٢، روضة الطالبين ٥٣/٨، المغني ٢٩٥/٧، إعلام الموقعين ٥١-٥٢، فتح الباري ٣٩٠/٩.

عليها؛ إذ هي من الأمور الخفية، وليس في الوسع الوقوف عليها، ولا تكليف إلا بما في الوسع، فالتمييز بين ما هو مراد المتكلم وبين ما ليس بمراد له قبل أن يظهر دليله فيه حرج عظيم، وسقط اعتباره شرعاً، ويقام السبب الظاهر الدال على مراده مقام حقيقة الباطن، فإذا ادعى المتكلم بهذه الألفاظ خلاف ظاهرها طولب بالبينة والحجة، فإن جاء بها فالحكم على ما تسفر عنه، وإلا أخذ بالظاهر، ووكل سره إلى الله تعالى [1].

هذا هو القانون العام الذي يفصل التعارض بين مراد المتكلم وظاهر لفظه، وقد ذكر ابن القيم -رحمه الله- ضابطاً آخر لهذا التعارض يحسن إيراده في هذا السياق، وهو أن الألفاظ بالنسبة لمقاصد المتكلمين على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن تظهر مطابقة القصد للفظ، وللظهور مراتب تنتهي إلى اليقين والقطع بمراد المتكلم بحسب الكلام في نفسه وما يقترن به من القرائن الحالية واللفظية وحال المتكلم به وغير ذلك، فهذا حكمه ظاهر.

القسم الثاني: ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه، وقد ينتهي هذا الظهور إلى حد اليقين بحيث لا يشك السامع فيه، وهذا القسم نوعان: أحدهما أن لا يكون مريداً لمقتضاه ولا لغيره، والثاني: أن يكون مريداً لمعنى يخالفه، فالأول: كالمكره والنائم والمجنون ومن اشتد به الغضب والسكران والثاني: كالمعرِّض والمورِّي والملغِز والمتأول.

---

(١) انظر: أصول السرخسي ١/١٣٩-١٤٠.

القسم الثالث: ما هو ظاهر في معناه ويحتمل إرادة المتكلم له ويحتمل إرادته غيره ولا دلالة على واحد من الأمرين، واللفظ دال على المعنى الموضوع له، وقد أتى به اختياراً فهذا يحمل على ظاهره ما لم يظهر قصده المخالف ، فإذا ظهر قصده بخلاف معناه لم يجز أن يلزم بما لم يرده ولا التزمه ولا خطر بباله، بل إلزامه بذلك جناية على الشرع وعلى المكلف، وأصول الشريعة تدل على أن العبرة في مثل هذا للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني [١].

ولبعض المعاصرين تفصيل آخر في شأن هذا التعارض، وهو أن القصد إذا تعارض مع ظاهر اللفظ فلا يخلو من أحوال ثلاثة:

أحدها: أن يمكن معرفة النية بقيام دليل عليها، ولم يتعلق بالظاهر حق للغير، ففي هذه الحال يحكم بموجبها، كما في عقود المعاوضات إذا عقدت على خلاف ظاهرها، كمن وهب لغيره شيئاً بعوض، فهو بيع وليس هبة.

ثانيها: أن لا يمكن معرفة النية لعدم وجود القرينة والدليل فإنه يحكم بالظاهر اضطراراً.

ثالثها: أن يتعلق بالظاهر حق للغير فيحكم به عرفت النية أو لم تعرف؛ دفعاً للحرج عن الناس، وهذا مثل اليمين في مقطع الحقوق، فلو استحلف شخص أمام القاضي كانت يمينه على نية القاضي أي على

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/٥١، ٩٧-١٠٨.

لفظها الظاهر، وعلى نية المستحلف الذي تعلق حقه بها؛ لقوله ﷺ: "اليمين على نية المستحلِف" [(١)]، وعلى ذلك بنيت القاعدة الفقهية: "مقاصد اللفظ على نية اللافظ" [(٢)].

فالحاصل: أن ألفاظ المكلفين إذا صدرت باختيارهم فهي محمولة على مقاصدهم متى لم يتعلق بذلك حق لغيرهم، ومن مقتضيات ذلك: عدم الاعتداد بأقوال المكره والمخطئ ومن جرى على لسانه ما لا يقصد في غير هزل ولعب، وهذا من محاسن الشريعة وكمالها ورفقها بالمكلفين، فإنه لو ألزم هؤلاء بما يصدر عنهم لكان فيه أعظم الحرج والعنت.

وفي ذلك يقول العلامة ابن القيم -رحمه الله-: "إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة: مسلم في صحيحه: كتاب الأيمان، باب يمين الحالف على نية المستحلف (١٢٧٤/٣ح ١٦٥٣) .

(٢) فلسفة التشريع ص: ٢٥٨-٢٦٠، والفقهاء متفقون على أن اليمين إذا كانت في مقطع الحقوق فهي على نية الحالف إن كان مظلوماً، وعلى نية المستحلف إن كان ظالماً. انظر: البدائع ٢٠/٣، حاشية الدسوقي ١٣٩/٢، شرح صحيح مسلم للنووي ١١٨/١١، المغني ٢٤٠/٩، فتح الباري ٥٧٢/١١.

مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها، و لم يحط بها علماً، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته؛ فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختيار، فلو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك، والغلط والنسيان والسهو وسبق اللسان بما لا يريده العبد بل يريد خلافه والتكلم به مكرهاً وغير عارف لمقتضاه من لوازم البشرية لا يكاد ينفك الإنسان من شيء منه، فلو رتب عليه الحكم لحرجت الأمة وأصابها غاية التعب والمشقة، فرفع عنها المؤاخذة بذلك كله حتى الخطأ في اللفظ من شدة الفرح والغضب والسكر كما تقدمت شواهده، وكذلك الخطأ والنسيان والإكراه والجهل بالمعنى وسبق اللسان بما لم يرده والتكلم في الإغلاق ولغو اليمين، فهذه عشرة أشياء لا يؤاخذ الله بها عبده بالتكلم في حال منها؛ لعدم قصده وعقد قلبه الذي يؤاخذه به" [1].

وأما الهزل فلا يشبه هذه الأعذار، بل الهازل يُلزم بأقواله فيما يكون

---

(١) إعلام الموقعين ٣/١٠٥-١٠٦.

فيه الهزل جداً كالكفر والعتاق والطلاق ونحوها؛ لقوله ﷺ "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، الطلاق والنكاح والرجعة" [١].

والقياس يقتضي إلزام الهازل بهزله؛ لأن غاية الأمر أنه أتى بالقول غير ملتزم لحكمه، وهذا لا ينافي إلزامه به؛ لأن ترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى؛ لان ذلك لا يقف على اختياره؛ وذلك أن الهازل قاصد للقول مريد له مع علمه بمعناه وموجبه، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والمخادع المحتال فإنهما قصدا شيئا آخر غير معنى القول وموجبه، وأما الهازل فقصد السبب و لم يقصد حكمه ولا ما ينافي حكمه فترتب عليه أثره [٢].

٣- لا حرج على من أخطأ بتأويل سائغ:

التأويل والاجتهاد إذا كان لهما مساغ في الشرع وأسفرا عن خطأ، فإن

---

(١) أخرجه عن أبي هريرة: أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على على الهزل، (٢/٥٩ح ٢١٩٤) والترمذي في السنن، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، (٣/٤٩٠ح ١١٨٤) وابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، (١/٦٥٨ح ٢٠٣٩) والحاكم في (المستدرك ٢/٢١٦) وهو حسن بشواهده كما في (التلخيص الحبير ٣/٢٠٩-٢١٠) .

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٣/١٢٤.

تعلق الأمر بحقوق الله فلا شيء على المخطئ، بمعنى: أنه لا يأثم ولا يضمن، وهذا كخطأ المجتهد والمفتي والحاكم؛ لقول النبي ﷺ "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر" (١).

وأما إن تعلق بحقوق العباد كإتلاف الأنفس والأموال ونحو ذلك، فالأصل أن الضمان ثابت لكن ذلك يختلف باختلاف المجتهدين، فخطأ الحاكم مضمون إما من بيت مال المسلمين، أو من المحكوم له، أو من الشهود على خلاف بين الفقهاء (٢).

وأما من عداه من المتأولين فإنهم إذا تعدو حداً بتأويل سائغ في الشرع فإن لم تكن لهم قوة ومنعة ضمنوا ما أتلفوه من حقوق العباد، وأخذوا بالعقوبة فيما يستوجب العقوبة "فإن التأويل لا يرفع عقوبة الدنيا مطلقاً؛ إذ الغرض منها دفع فساد الاعتداء" (٣).

ولكن ما أبرموه من العقود والقبوض الفاسدة بتأويل سائغ فإنهم يقرون عليها، مثل أن يكون أحدهم قد تزوج بلا ولي، أو بلا شهود، أو نكح الخامسة في عدة الرابعة، أو نحو ذلك مما اختُلف فيه معتقداً جوازه، ثم تبين له فيما بعد فساد النكاح، فإنه يقر عليه، أما إذا كان قد نكح

---

(١) الحديث تقدم تخريجه ص: (٤٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٦/٧، الذخيرة ١٤٢/١٠، مغني المحتاج ٤٥٦/٤، المغني ٢٣١/١٠.

(٣) مجموع الفتاوى ١٤/٢٢.

باجتهاد، وتبين له الفساد باجتهاد، فهذا مبني على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولذلك مأخذ آخر سيأتي بيانه بحول الله [١].

وأما إن كانت لهم قوة ومنعة فلا ضمان عليهم، وهؤلاء هم المسمون بالبغاة.

وقد اجتمع رأي الصحابة ﷺ يوم الفتنة على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجاً حراماً بتأويل القرآن، ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن[٢].

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء ، وعللوا ذلك بأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى كأهل العدل، ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب [٣].

ولنا مع هذه المسألة وقفة: وهي أن البغاة إذا كان الشرع قد أسقط

---

(١) مجموع الفتاوى ١٢/٢٢.

(٢) الأثر أخرجه عن الزهري: عبد الرزاق في (المصنف١٠/١٢١)، والبيهقي في (السنن ١٧٥/٨)، وقد ضعفه ابن حزم في (المحلى ١١/١٠٥) .

(٣) خالف في هذه المسألة طائفة من الفقهاء، فرأوا أن البغاة يضمنون ما أتلفوه، وتقام عليهم الحدود؛ ووجهوا ذلك بأنهما فرقتان من المسلمين محقة ومبطلة فلا يستويان في سقوط الغرم كقطاع الطريق لشبهة تأويلها، وهذا قول ابن حزم وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

انظر: المبسوط ١٠/١٢٧، حاشية الدسوقي ٤/٣٠٠، مغني المحتاج ٤/١٢٥، المغني ٩/٩، مجموع الفتاوى ٢٢/١٣، المحلى ١١/١٠٥.

عنهم الضمان مع ما عاثوه من فساد في الأرض مراعاة لتأويلهم واعتقادهم جوازَ ما اقترفوه، فإن هذا يؤكد أصل العمل بمراعاة الخلاف في الجانب القضائي، وما تقرر هنالك من أن الفعل متى صدر عن اجتهاد أو تأويل سائغ في الشرع فهو مقبول في الجملة، ولا بد أن يختلف عن غيره في الحكم.

وإذا سُلم ذلك فحري بالقاضي وهو بصدد البت في مسائل النزاع مثل الأنكحة والطلاق والعقود المختلف فيها أن يراعي هذا الأصل، ويحتكم إليه، فهو المنهاج الأقوم لإصابة الحق وحسم النزاع بين الخصوم، وتتأكد مراعاته فيما تشهد المصلحة بمراعاته كمسائل النكاح والطلاق والحدود ونحوها.

وما تقدم كله يؤكد على أن قاعدة "الأمور بمقاصدها" لها أهميتها الكبرى في باب القضاء والحكم بين الناس، وهذا يستدعي من القضاة التفقه في مسائل هذه القاعدة وأحكامها كي يكون حكمهم أقوم، واجتهادهم أسلم، والموفق من وفقه الله.

المطلب العاشر
اعتبار الضرورات

تعد الضرورة في ميزان الشرع من أقوى الأسباب الموجبة للتخفيف في الأحكام؛ وذلك لما يكتنفها من المشقة الشديدة، وما يترتب على ترك اعتبارها من الضرر الكبير، فهي حالة استثنائية تأخذ أحكاماً مختلفة عن أحكام العزيمة تتناسب وطبيعةَ المشاق الناتجة عنها، وأحكامها تتراوح بين التخفيف في الحكم تارة، وبين إسقاطه بالكلية تارة أخرى، ولا تكاد تنضبط هذه الأحكام؛ لأن الضرورة مما يختلف حكمه باختلاف الأشخاص والأحوال، ومن هنا جاء في الأمثال اللاتينية: "الضرورة لا قانون لها"، أي ليس لها حكم معين يسري ويطرد في جميع الأشخاص والأحوال [1].

ولئن كانت الضرورة مسلماً بحكمها في الجملة، وأنها من الأسباب الداعية شرعاً وعرفاً إلى التخفيف إلا أنه قد يكون للناظر في الأحوال التي يُدعى فيها الضرورة رأي آخر، فكثير من الناس يتجوز في إطلاق هذه الكلمة حتى يطلقها على ما هو دون رتبة الضروري من الأمور الحاجية والتحسينية، ويكون ذلك سبباً في تنزيل الحكم على غير موضعه، وهذا ضرب من الشطط والتعسف في الاجتهاد.

---

(١) انظر: فلسفة التشريع ص: ٢٠٧.

وقد كثر هذا اللون من الاجتهاد الخاطئ في العصر الحاضر، فلا تكاد تسمع فتوى مخالفة للأصول إلا وهي مقرونة بالضرورة ورفع الحرج، ثم إن كانت مسألة خلافية صار الخلاف فيها مؤيداً للضرورة المزعومة والحرج الموهوم، فضيعت العزائم بالرخص، ووضعت الضروريات موضع الحاجيات، والحاجيات موضع التحسينيات.

وقد كان القضاء الشرعي من أكثر المجالات تأثراً بمثل هذه الدعاوى، وهو ما فتح الباب على مصراعيه أمام المقننين لتبديل الأحكام وتعديلها بين الفينة والأخرى، وربما لجأت بعض المحاكم إلى إسقاط حكم شرعي مقنن بهذه الدعوى؛ وهو في الحقيقة أُسقط مراعاة لمصلحة المحكوم له، لكن ادعاء الضرورة لا مدفع له في المحاكم.

وفي هذا السياق أحاول - بتوفيق الله - بيان حكم الضرورة وأثرها في الأحكام القضائية مع ضبط ذلك بالميزان الشرعي وقواعده المتينة، وبين يدي ذلك هذه الجمل:

١- تعريف الضرورة:

الضّرورة لغة: اسم مصدر الاضطرار، وهو الاحتياج الشديد، يقال: رجل ذو ضرورة، أي: ذو حاجة، وقد اضطر إلى الشيء، أي: ألجئ إليه، وأصلها من الضرر، وهو الضيق والشدة والأمر النازل الذي لا مدفع له [1].

---

(١) انظر: تهذيب اللغة للأزهري ٣١٥/١١، التعريفات للجرجاني ص: ٨٦ ، لسان العرب ٤٨٣/٤.

والضرورة في الاصطلاح يمكن تعريفها بأنها: "بلوغ الإنسان حداً إن لم يفعل المنموع أضر بنفسه على وجه لا يتدارك معه الضرر كـــذهاب نفس أو فوات منفعة ضرورية" (١).

وإنما كان هذا التعريف جامعاً لأنه لا يقتصر على صورة واحدة من صور الاضطرار كالجوع وخوف التلف ونحو ذلك، بل يشـــمل صـــور الاضطرار كلها، مثل ضرورة الغذاء والدواء، والانتفـــاع بمـــال الغـــير، والدفاع عن النفس والمال، والقيام بالفعل تحت تأثير الإكراه، ونحو ذلك مما تسدعيه المشقة الشديدة، وهذا هو المعنى الأعم للضرورة، وقصـــرها على بعض صورها الواردة لا دليل عليه، بل هو مخالف لعموم قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (٢).

فكل ما حرم الله عز وجل في كتابه وعلى لسان نبيه ﷺ فالضرورة تبيحه، حاشا ما يكون من الضرر مساوياً لضرر المضطر أو أعظـــم منـــه كالزنا وقتل النفس، فلا تستسيغه ضرورة ولا غيرها، فالآية المذكورة قد انتظمت سائر المحرمات عدا ما ذكر (٣).

وقد ظهر من هذا التعريف: أن حالة الضرورة في العرف الشـــرعي

---

(١) انظر قريباً من هذا التعريف في: المنثور ٣١٩/٢، الأشباه لابن نجيم ١١٩/١، رفع الحرج للباحسين ص: ٤٣٨.

(٢) سورة الأنعام آية: ١١٩، وانظر: نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ص: ٦٨.

(٣) انظر: المحلى ٤٢٦/٧، أحكام القرآن للجصاص ١٦٠/١.

أشد من حالة الحرج، فالواقع في الاضطرار قد بلغ درجة فوق مرتبة الحرج تبلغ به حد الهلاك أو تقاربه، وله استثناءات وأحكام تخالف حالة الواقع في الحرج(١)، ومن هنا حسن إفرادها بالبحث.

٢- الحاجة والضرورة:

تعرف الحاجَة بأنها: "المصالح المفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، وإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة" (٢).

فهذه الحاجة - سواء كانت عامة وهي التي لا تختص بقطر دون قطر أو شخص دون شخص، أو كانت خاصة وهي التي تختص بشيء من ذلك - تنزل منزلة الضرورة في الحكم، فتقتضي ما تقتضيه من التيسير والتخفيف؛ لكونها تشترك مع الضرورة في وجود الحرج والمشقة، وهذا هو المراد من القاعدة الموضوعة بهذا الصدد، وهي قولهم: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" (٣).

---

(١) انظر: رفع الحرج لابن حميد ص: ٦٥ .

(٢) الموافقات ٢/٢١.

(٣) انظر: الموافقات ٢/٢١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٢٦ الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٨، المنثور ٢/٢٤.

٣- أدلة اعتبار الضرورة في الأحكام:

استفاضت النصوص من الكتاب والسنة على اعتبار الضرورة في الأحكام، وأنها سبب لرفع الحرج والمشقة، وترك العزيمة إلى الرخصة.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[(١)].

وقوله سبحانه: ﴿مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[(٢)].

ومن السنة أحاديث كثيرة منها:

حديث أبي هريرة ﷺ قال: "جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت إن قاتلني، قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني، قال: فأنت شهيد، قال أرأيت إن قتلته، قال هو في النار" [(٣)].

وعن جابر بن سمرة ﷺ: "أن أهل بيت كانوا بالحرة محتاجين، فماتت عندهم ناقة لهم أو بعيرهم، فرخص لهم النبي ﷺ في أكلها، قال: فعصمتهم بقية شتائهم أو سنتهم" [(٤)].

---

(١) سورة الأنعام، آية: ١١٩.

(٢) سورة النحل، آية: ١٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه (١/١٢٤ح ١٤٠) .

(٤) المسند ٨٧/٥، معجم الطبراني ٢٨٨/٢، قال الشوكاني: رجاله ثقات. نيل الأوطار ٢٩/٩.

فهذه النصوص دالة على رفع الضرر الشديد في عموم ما يعرض للمكلف في حياته، سواء تعلقت الضرورة بالدين، أو بغيره من سائر الضروريات الكبرى، إلا ما استثني من ذلك مما يتناهى قبحه كالقتل والزنا، فذلك لا تقدر الضرورة على رفعه بحال.

وقد تحصَّل فهم هذا العموم من التنصيص على رفع المؤاخذة عن المكره على الكفر؛ فإن مصلحة الدين أعظم من كل مصلحة، فلما وقع الترخيص في تركه ظاهراً عُلم أن ما دونه أولى، جرياً على عادة الشرع في التنبيه بالأعلى على ما دونه، وتأيد ذلك بالآية التي سبق ذكرها، وهي قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[1].

٤- حكم الأخذ برخصة الضرورة:

الأخذ برخص الضرورة مباح من حيث الأصل، ولا يصل إلى مرتبة الوجوب أو الندب إلا لعارض؛ إذ إن الرخصة من حيث هي رخصة معناها: إخراج المكلف من ثقل التكليف إلى سعة التخفيف حتى يكون في اختيار بين الأخذ بالعزيمة والأخذ بالرخصة، وهذا أصله الإباحة لا غير؛ إذ لو كانت الرخص مأموراً بها ندبا أو وجوبا لكانت عزائم لا رخصاً والحال بضد ذلك.

وحينئذ فما يعرض لرخص الضرورة من الأوصاف التي تنقلها من

---

(١) سورة الأنعام، آية: ١١٩.

الإباحة إلى الوجوب أو الندب تخرجها من دائرة الرخصة إلى العزيمة، فلا يصح إطلاق لفظة (الرخصة) عليها إلا من باب التجوز، فالمضطر إلى الأكل مثلاً إذا خشي على نفسه الهلاك كان مأمورا بإحياء نفسه ولو بتناول محظور لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ﴾[1] ، ومثل هذا لا يسمى رخصة من هذا الوجه؛ لأنه راجع إلى أصل كلي ابتدائي وإن سمى رخصة من جهة رفع الحرج عن نفسه [2] .

وقد ذكر الفقهاء -رحمهم الله- تفصيلاً عن هذه العوارض يحسن إيراده في هذا الصدد، وحاصله: أن الرخص التي تتخرج على قاعدة الضرورة ثلاثة أنواع [3]:

النوع الأول: ما يفيد إباحة المرخص فيه، وهذا في حال ما إذا خاف المضطر على نفسه الهلاك، ولم يقطع بوقوعه، وذلك مثل تناول المحرم حالة الجوع أو العطش الشديد أو عند الإكراه على التلفظ بالكفر دون اعتقاده، فهذه الأشياء يخير المضطر فيها بين الفعل والترك، ولا يعدم الأجر إن صبر على تركها سيما التلفظ بكلمة الكفر.

النوع الثاني: ما يوجب الإقدام على الرخصة وترك العزيمة، وذلك

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٩.

(٢) انظر: الموافقات ١/٤٧٤-٤٨٢.

(٣) انظر: تفسير الرازي٢٠/ ٩٨، المحلى ٨/٣٢٩، بدائع الصنائع ٧/١٧٦،شرح المجلة للأتاسي ١/٥٥.

فيما إذا غلب على ظنه الهلاك بترك الرخصة، مثل الجائع الموقن للهلاك بترك تناول المحرم، ومثل ما إذا أكرهه على شرب الخمر وأكل الخنزير وأكل الميتة بالسيف، فهنا يجب الأكل؛ وذلك لأن صون الروح عن الفوات واجب، ولا سبيل إليه في هذه الصورة إلا بفعل الرخصة، وليس في ذلك ضرر على إنسان، ولا فيه إهانة لحق الله تعالى، فيجب الترخص لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [١] ويأثم بتركه، بل نص بعض المحققين على أنه إن مات بتركه الأكل استحق دخول النار؛ لكونه قاتل نفسه[٢].

النوع الثالث: ما يوجب الكف عن الفعل وتحريم فعله بأي حال لا بإكراه ولا بغيره، وذلك كقتل المسلم، أو قطع عضو منه، أو الزنا، أو ضرب الوالدين، أو نحو ذلك مما يتناهى قبحه، ويستوي ضرره مع ضرر المضطر أو يزيد، فلا يباح شيء من ذلك، وعلى المكره الصبر واحتساب الأجر عند الله؛ لأن ذهاب نفسه أهون من ارتكابه هذه الأفعال [٣].

٥- شروط اعتبار الضرورة في الأحكام:

لا يحل الأخذ برخص الضرورة والحكم بها ما لم تستوف الشروط اللازمة لذلك، وهي بالجملة أربعة:

---

(١) سورة البقرة، آية: ١٩٥.

(٢) انظر: تفسير الرازي ٢٠/ ٩٨، الاستذكار ٥/٣١٠ ، أحكام القرآن لابن العربي ١/٨٤، مجموع الفتاوى ٢١/٨٠ .

(٣) انظر: قواعد الأحكام ١/٧٩-٨٠ .

١- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة أو متوهمة، بمعنى: أن يحصل في الواقع خوف الهلاك، أو ذهاب منفعة ضرورية على وجه يغلب على الظن وقوعه إن لم يرتكب الممنوع، أما الإقدام على الممنوع لأدنى توهم أو شك فلا يحل؛ لأن التوهم لا تبنى عليه الأحكام [١].

٢- أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى أخف من رخصة الضرورة، فإن وجدت تعين الأخذ بها لأن قاعدة الشريعة: "يختار أهون الشرين لدفع أكبرهما"، ومن هنا نص الفقهاء على أن "الضرورة متى أمكن دفعها بأيسر الأمرين لا يصار إلى أعلاهما" [٢].

٣- أن يكون مقدار ما يباح أو يرخص فيه مقيداً بمقدار ما يدفع الضرورة [٣]، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ﴾ [٤] ، قال أهل العلم بالتفسير: الباغي: الذي يبتغي الميتة مع قدرته على التوصل إلى المذكى، والعادي: الذي يتعدى قدر الحاجة بأكلها [٥].

---

(١) انظر المغني ٣٣١/٩، بدائع الصنائع ٧/ ١٧٦، نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ص: ٦٩، رفع الحرج للباحسين ص: ٤٤٢.

(٢) التقرير والتحبير ١٧٩/١، وانظر: نظرية الضرورة الشرعية ٩٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١٦٠/١، الجامع في أحكام القرآن للقرطبي ٢٢٧/٢، روضة الطالبين ٢٨٣/٣، المغني ٣٣٠/٩.

(٤) سورة البقرة، آية: ١٧٣.

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ٨٤/١، تفسير ابن كثير ٢٠٦/١، إعلام الموقعين ٦٧.

وعلى هذا خُرجت القاعدة الفقهية: "الضرورات تقدر بقدرها" [١].

ويستثنى من هذا القيد المجاعة العامة، فللمضطر أن يتناول ما يشبعه ويشبع عياله لأنه لا يرجى فيها حصول الرخاء كالحال في المجاعة الخاصة[٢].

٤- أن لا يكون ضرر المضطر أنقص من ضرر المحظور أو مثله، فإن تساوى الضرران، أو كانت مفسدة فعل المحظور أعظم لم يحل الإقدام على ارتكاب الممنوع، ولذلك حرم قتل الغير أو قطع عضو منه بضرورة الإكراه، وكذلك الزنا وأكل لحم الميت ونحو ذلك؛ لأن ذلك من حقوق الناس، وهما متساويان في الحقوق، فلا يجوز إحياء نفسه بقتل غيره من غير استحقاق، وكذلك الزنا بالمرأة فيه انتهاك حرمتها، وإلحاق الشين بها [٣].

أثر الاضطرار في الأحكام القضائية:

اتضح مما سبق أن للضرورة تأثيراً عاماً في الأحكام الشرعية التكليفية، بحيث إنها تبيح المحظور، وتسوغ ترك الواجب بقدر ما تزول به المشقة ويندفع به الضرر، وهنا موضع بيان أن هذا الحكم العام إنما يتعلق بالمكلف حال وجود الضرورة، أي قبل حصول مقتضاها من التخفيف

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٩١/١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٩/١، درر الحكام ٣٧/١.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٨٢/١ .

(٣) تفسير الرازي ٩٨/٢٠، أحكام القرآن للجصاص ١٦/٥، المحلى ٣٢٩/٨، قواعد الأحكام ٧٩/١.

والترخص، فيكون له الإقدام على الرخصة أو تركها حسب ما تبين هناك.

فإذا ترخص المضطر وترك العزيمة فإن للقضاء نظراً آخر في هذا الترخص؛ إذ قد يترخص المضطر في غير موضع الرخصة، وقد يتعدى في موضعها القدر الذي يدفع الضرر، وقد يلحقه الضمان بالترخص، فيتدخل القضاء للحكم على هذه الأحوال بما يناسبها، فليست الضرورة مما يدفع نظر القضاء؛ بل متى وقع ظلم بالترخص تدخل القضاء لرفعه ؛ إذ ليست الإباحة سبباً لإضاعة الحقوق، والقاعدة الشرعية: أن "الاضطرار لا يبطل حق الغير" (١).

فإذا وضحت هذه المقدمة فليعلم أن الضرورة في القضاء لها تأثير عام على الأحكام القضائية، منه ما يتعلق بالقضاء نفسه، ومنه ما يتعلق بصاحب الضرورة، ولها وزنها في الاجتهاد القضائي، بحيث لا يمكن إهمالها بحال إبان نظر القاضي في الواقعة، ولها سلطان قوي في تحديد الرأي الراجح من الخلاف، واعتبارها يسفر عن أحكام مختلفة حسبما يسفر عنه نظر القاضي في خصوص كل حالة من أحوالها، وهي أحكام تدور في جملتها على العدل والمصلحة والرفق بالمضطر، وسوف ترى هذه الخصائص جلية من خلال المسائل التالية:

---

(١) انظر: درر الحكام ١/٤٢، المدخل الفقهي للزرقا ٢/١٠٠٥.

١- تصحيح حكم الفاسق وشهادته للضرورة :

العدل شرط في كل ولاية لمصلحة الغير؛ وإنما شرطت لتكون وازعة عن الخيانة والتقصير في جلب المصالح ودرء المفاسد عن المولى عليه، وهذا الشرط ينخرم بالضرورة، فحيث تعذر وجود العدول ولي الفساق القضاء، وقدم في ذلك أقلهم فسقاً، وأجيز ما كان من قضائهم من غير تولية إذا وافق الحق [١].

وعلى ذلك فإن ما صدر من الأحكام عن قضاة الجور من البغاة والفسقة وأشباههم يمضى ولا يرد منها إلا ما خالف الحق؛ لما في إبطال ولايتهم وحكمهم من تفويت المصالح العامة، ولا يبطل تصرفه في المصالح لأجل تصرفه في المفاسد؛ إذ لا يترك الحق المقدور عليه لأجل الباطل [٢].

وكما يسقط اعتبار العدالة في القضاة حال الضرورة كذلك يسقط اعتبارها في الشهود فيما لو غلب الفسق على أهل بلد، وأدى رد شهادة بعضهم على بعض إلى تفويت مصالحهم، وتقبل شهادة الأمثل فالأمثل تحصيلاً لمصالحهم بحسب الإمكان [٣].

يقول ابن القيم -رحمه الله-: "إذا كان الناس كلهم فساقاً إلا القليل النادر قبلت شهادة بعضهم على بعض، ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل،

---

(١) انظر: فتح القدير ٢٥٣/٧، المنثور ٣٧٤/٢-٣٧٥، إعلام الموقعين ١٩٧/٤.

(٢) انظر: المغني ١٣/٩، قواعد الأحكام ٩١/١، المنثور ٣٧٤/٢-٣٧٥.

(٣) انظر: تبصرة الحكام ٢١/٢، إعلام الموقعين ١٩٧/٤.

هذا هو الصواب الذي عليه العمل، وإن أنكره كثير من الفقهاء بألسنتهم، كما أن العمل على صحة ولاية الفاسق ونفوذ أحكامه وإن أنكروه بألسنتهم" [١].

وهذا لا يعني قبول شهادة الفاسق بإطلاق، بل لا بد من التثبت في خبره كما أرشد إليه القرآن الكريم، فحيث غلب على الظن صدقه قبلت شهادته، وإلا لم يجز الحكم بها بحال.

٢- جواز شهادة النساء والصبيان في المواضع التي لا يحضرها الرجال:

وهذا هو الحكم الموافق للقياس، وهو الذي تشهد له أصول الشريعة؛ فإنه لو منع من مثل هذه الشهادة لضاعت حقوق الناس وتعطلت مصالحهم، والشرع لا يأتي بمثل هذا [٢].

يقول ابن القيم: "ونظير هذا (يعني ما جاز للضرورة ورفع الحرج) لو شهد بعض النساء على بعض بحق في بدن أو عرض أو مال وهن منفردات بحيث لا رجل معهن كالحمامات والأعراس قبلت شهادة الأمثل فالأمثل منهن قطعاً، ولا يضيع الله ورسوله حق المظلوم، ولا يعطل إقامة دينه في مثل هذه الصورة أبداً، بل قد نبه الله تعالى على

---

(١) الطرق الحكمية ص: ١٧٥.

(٢) انظر: المبسوط ٩/٧٤، تبصرة الحكام ١/٢٥٠، المهذب للشيرازي ٢/٣٣٤، المغني ١٠/١٦١، المحلى ٩/٣٩٦، الطرق الحكمية ص: ١٥٢- ١٥٦، فتح الباري ٥/ ٢٦٦.

القبول في مثل هذه الصورة بقبول شهادة الكفار على المسلمين في السفر في الوصية في آخر سورة أنزلت في القرآن، ولم ينسخها شيء البتة، ولا نسخ هذا الحكم كتاب ولا سنة،ولا أجمعت الأمة على خلافه،ولا يليق بالشريعة سواه" [1].

٣- الاضطرار إلى قتل النفس:

أجمع الفقهاء - رحمهم الله - على أن الاضطرار لا يبيح قتل نفس المعصوم بحال؛ لما في ذلك من طاعة المخلوق في معصية الخالق، وإيثار روحه على روح من هو مثله في الحرمة، قالوا: والواجب على من أكره على ذلك الصبر واحتساب الأجر عند الله سبحانه [2].

واختلفوا في حال ما لو قتله، هل يكون القصاص واجباً عليه، أم على من أكرهه، أم عليهما معاً، أم يسقط عنهما جميعاً ؟ على أقوال أربعة ليس بسطها هنا مما يتعلق به الغرض [3].

---

(١) إعلام الموقعين ٩٧/٤، وانظر: الفتاوى الكبرى ٦٤١/٤، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩٩/١٥.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٦/٥، الجامع لأحكام القرآن ١٨٣/١٠، المبسوط ٤٥/٢٤، مغني المحتاج ١٠/٤، المغني ٢٨٨/٨، المحلى ٣٢٩/٨، مجموع الفتاوى ٥٣٩/٢٨، فتح الباري ٣١٤/١٢.

(٣) انظر في ذلك: المبسوط ٧٢/٢٤، الذخيرة ٢٨٣/١٢، مغني المحتاج ٩/٤، المغني ٢١٣/٨.

والذي تطمئن إليه النفس منها: أهما بمنزلة الشريكين يجب القصاص عليهما معاً، وهو مذهب جمهور السلف والخلف، وقال به مالك، وأحمد والشافعي في أظهر القولين عندهما، رحمة الله على الجميع [١].

أما المكرِه: فلأنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالباً، وأصول الشـــريعة تدل على أن المتسبب في الشر كالمباشر، ولهذا لو ألسعه حية فقتلتـــه، أو ألقى به إلى أسد فافترسه قتل به [٢].

وهذا الحكم جار على تنزيل الوسائل منزلة المقاصد؛ فإنه لو أسقط عنه الحد لتذرع الناس بالإكراه إلى إعدام المهج وسفك الـــدماء، وهـــو خلاف مقصود الشارع من شرع القصاص[٣].

وقد قال النبي ﷺ : "من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله عز وجل مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله" [٤].

---

(١) انظر: الذخيرة١٢/٢٨٣، مغني المحتاج ٤/٩، المغني ٨/٢١٣، مجموع الفتاوى ٢٠/٣٨٢.

(٢) انظر: المغني ٨/٢١٣.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/٩٥.

(٤) أخرجه من حديث أبي هريرة: ابن ماجه في سننه، كتاب الديات، باب هل لقاتل المؤمن توبة، (٢/٨٧٤ح ٢٦٢٠) والبيهقي في (السنن ٨/٢٢) وقد ضعفه جمع من المحدثين، لكن معناه موافق للأحاديث الواردة في تعظيم دم المسلم . انظر: (التلخيص الحبير ٤/١٤) (نصب الراية ٤/٣٢٦) .

فإذا كان هذا في الإعانة بشطر الكلمة فمِن الجلي أن يكون جزاء الحامل والمكرِه أشد وأخطر، ثم القصاص خليق بمن بلغ منزلة اليأس من رحمة الله.

وأما المكرَه: فالقول بسقوط القصاص عنه محتمل؛ لأنه صار بمنزلة الآلة في يد المكرِه، والنفوس مجبولة على الأثرة والحرص على الحياة، لكن هذا القياس لم يعتبر لوجهين:

أحدهما: أنه قياس مع فارق، فإن المكرَه متمكن من الامتناع عن القتل، ولذلك أثم بقتله، وإنما قتله عند الإكراه ظناً منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصها من شر المكرِه، فأشبه القاتل في المخمصة غيرَه ليأكله، ثم هذا ينافي أيضاً تكليفه بالامتناع عن القتل؛ إذ كيف يتحقق كونه آلة مع تكليف الشرع إياه، ومن ضرورة كون الشيء آلة انقطاع التكليف عنه[1].

الثاني: أن إسقاط القصاص عنه يفتح الباب لإزهاق الأنفس بدعوى الإكراه، وسد الذرائع في مثل هذا مطلوب للشرع؛ لعظيم ما تفضي إليه، وقد سبق أنه "بحسب عظم المفسدة في الممنوع يكون اتساع المنع في الذريعة وشدته" [2].

على أنه لو علم المكرَه بأنه سيُقتص منه إن قتل انكف عن القتل وصبر؛ إذ لا جدوى من إقدامه، ثم قتله بالامتناع أفضل له؛ لكونه

---

(١) انظر: البرهان للجويني ٢/٧٩٦، المغني ٨/٢١٣.

(٢) الاعتصام ١/١٠٤.

شهادة، مع إمكان أن لا يُقتل، بخلاف قتله قصاصاً، فهو جزاء وعذاب، وما يستتبع ذلك من المسؤولية الأخروية أكبر وأعظم.

ثم يقال بعد هذا: إن على القاضي أن يتحقق من حالة الإكراه في كل واقعة بخصوصها، فلربما وقعت نازلة كان الإقدام فيها على القتل بالإكراه أخف من الإحجام عنه، كما لو أكرهه على قتل نفس واحدة بقتل مائة، أو بقتل ذي سلطان أو مكانة نفعه للمسلمين أعظم من نفع المكرَه، وحينئذ يكون لإيجاب القصاص عليه نظر آخر، فهذه المسائل ونحوها مما يقبل الاجتهاد والموازنة بين المصالح والمفاسد، ولكل مسالة منها نظر خاص، ولا يطرد في حكمها ضابط معين.

٤- الاضطرار لدفع الصائل [١]:

أجمع الفقهاء -رحمهم الله- على أن المعتدي من حيوان أو إنسان إذا قصد إنساناً ليقتله أو ينتهك عرضه جاز دفعه حتى لو أدى ذلك إلى قتله، إلا أنهم شرطوا لذلك أن يتوسل إلى دفعه أولاً بأسهل ما يعلم أنه يندفع به؛ لأن المقصود دفعه، فإذا اندفع بقليل فلا حاجة إلى أكثر منه، فإن علم أنه ينكف بالعصا لم يكن له ضربه بالحديدة؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف

---

(١) الصيال لغة: مصدر صال يصول إذا هجم واقتحم، مأخوذ من الاستطالة والاستعلاء والوثوب على الغير، ويطلق الصائل في عرف الفقهاء على من قصد غيره بعدوان سواء كان من البشر أو من البهائم. انظر: المصباح المنير ص: ٣٥٢، المغني ١٥١/٩، مغني المحتاج ١٩٤/٤.

العصا، وإن تركه لم يكن له قتله ولا اتباعه، وإن ضربه ضربة عطلتـه لم يكن له أن يثني عليه؛ لأنه كفي شره، والقاعدة في هذا أن "الضرورة متى ما أمكن دفعها بأيسر الأمرين لا يصار إلى أعلاهما" [١].

فإن تعذر دفعه إلا بالقتل فلا ضمان على قاتله؛ لقـول الله تعـالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [٢].

وصح " أن رجلا عض ذراع رجل، فجذبه، فسقطت ثنيته، فرفـع إلى النبي ﷺ فأبطله، وقال: أردت أن تأكل لحمه ! " [٣].

قال ابن حجر - رحمه الله-: "فيه دليل على دفع الصائل، وأنـه إذا لم يمكن الخلاص منه إلا بجناية على نفسه أو على بعض أعضائه ففعل به ذلك كان هدراً" [٤].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/٥٤٥، حاشية الدسوقي ٤/٣٥٧، روضة الطالبين ١٠/١٨٦، المغني ٩/١٥١، المحلى بالآثار ٨/١٤٥، مجموع الفتاوى ١٩/٥٦، ٢٨/٥٤٠، فتح الباري ١٢/٢٤٥.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

(٣) أخرجه عن عمران بن حصين: مسلم في صحيحه: كتاب القسامة، باب الصائل على نفس الإنسان (٣/١٣٠٠ح ١٦٧٣) .

(٤) فتح الباري ج١٢/ص٢٢٣، وقد استثنى الشافعية من عدم الضمان المضطر إذا قتله صاحب الطعام دفعاً، فإن عليه القود، ولا يتجه القول بغيره. انظر: مغني المحتاج ٤/١٩٥.

٥- الاضطرار إلى الزنا:

الاضطرار إلى الزنا إن كان بغير إكراه فلا يصح ادعاؤه ؛ لأنه يستحيل اضطرار المرء للزنا من دون إكراه، إذ لا يترتب على تركه ضرر كالحال في ترك الرخصة للمضطر [١]، وإن كان بإكراه فإن كان المكرَه امرأة فالإجماع منعقد على أن الحد يسقط عنها [٢].

وأما الرجل: فالأظهر سقوط الحد عنه، وهو مذهب الجمهور، ولا يخلو مذهب من القول به [٣].

ومن أدلة ذلك: قول النبي ﷺ : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيانُ وما استكرهوا عليه" [٤].

وروي عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما- : "أن امرأة

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٩٧/٣، مجموع الفتاوى ١٨٧/٢٦.

(٢) انظر: المبسوط ٢٨/٩، الاستذكار ٧/ ١٤٦، ٥١١، مغني المحتاج ١٤٥/٤، المغني ٥٧/٩، المحلى ٢٩١/١١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٠/٧، أحكام القرآن لابن العربي ١٥/٣، الجامع لأحكام القرآن ١٨٣/١٠،الوسيط ٤٤٦/٦، المغني ٥٧/٩، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٨٧/٢٦، فتح الباري ٣٢٢/١٢.

(٤) أخرجه عن عبد الله بن عباس: ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (٦٥٩/١ح ٢٠٤٣) وابن حبان في صحيحه ٢٠٢/١٦، والحاكم في المستدرك ٢١٦/٢، والبيهقي في السنن ٨٤/٦، ، ورجاله ثقات، انظر فتح الباري ١٦١/٥، إرواء الغليل ١٢٣/١.

استكرهت على الزنا على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد، وأقامه على الذي أصابها" [١].

ولا يقال: إن هذا في المرأة دون الرجل؛ لأن الأصل أن النساء شقائق الرجال في الأحكام، ولا دليل على تخصيصها برفع الحد عنها سوى ما قيل من أن الرجل لا يتصور منه الوطء إلا بالانتشار، والإكراه ينافيه، فإذا وجد الانتشار دل على رضاه به، والرضا مناف للإكراه، فيلزمه الحد [٢].

وهذا لا يصح مخصصاً؛ لأن الانتشار تقتضيه الطبيعة عند الملامسة حتى مع الخوف والإلجاء؛ إذ لولا حصوله لما أمكنه الزنا [٣].

ولأن مفسدة الزنا أخف من فوات نفس أو إتلاف منفعة ضرورية، وقاعدة الشريعة مبنية على درء أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما، وهذا المعنى موجود في هذه الحالة، "فالمكره في الحقيقة هو من يدفع الفساد

---

(١) أخرجه عن وائل بن حجر: أحمد في (المسند ٣١٨/٤) والترمذي في السنن، كتاب الحدود، باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا، (٥٥/٤ح ١٤٥٣) وابن ماجه في السنن، كتاب الحدود، باب تلقين السارق، (٨٥٥/٢ح ٢٥٩٨) وابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٤/٥، والدارقطني في (السنن ٩٢/٣) والبيهقي في (السنن ٢٣٥/٨)، وهو حسن بشواهده. انظر: إرواء الغليل ٣٤١/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٠/٧، المغني ٥٧/٩.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١٦٠/٣، ٤٠٢، مغني المحتاج ١٤٥/٤، المغني ٥٧/٩.

الحاصل باحتمال أدناهما، وهو الأمر الذي أكره عليه" [(١)].

فإيجاب القصاص على مثل هذا لا يخفى ما فيه من العنت الشديد، والله سبحانه لا يجمع على عبده العذابين، ولا يصرفه بين البلاءين؛ فإنه من أعظم الحرج في الدين [(٢)].

٦- الاضطرار إلى شرب الخمر:

إذا ألجأت الضرورة بإكراه أو غيره مكلفاً إلى شرب الخمر بحيث لم يجد غيرها فلا يختلف الفقهاء - رحمهم الله - في جواز شربه إياها ليستنقذ بها نفسه، وأنه لا حد عليه بذلك ولا ضمان، بل قال بعضهم إذا كان تركها يفضي إلى قتله وجب عليه شربها [(٣)].

وإنما يختلف الفقهاء في شرب الخمر للضرورة من جهة اختلافهم هل تندفع بها الضرورة أم لا ؟ مثل اختلافهم في شربها لدفع الغصة أو لشدة العطش [(٤)].

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٢٥/١٥.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٥١/٣.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٨٣/١، تفسير الرازي ٩٨/٢٠، المبسوط للسرخسي ٣٢/٢٤، قواعد الأحكام ٨٠/١، المغني ١٣٧/٩، المحلى ٣٣٠/٨.

(٤) انظر الخلاف في هذه المسائل في: الاستذكار ٣٠٨/٥، أحكام القرآن للجصاص ١٥٩/١، أحكام القرآن لابن العربي ٨٣/١، مغني المحتاج ١٨٨/٤، المغني ١٣٧/٩، فتح الباري ٨٠/١٠ .

ونصوص الشرع تدل بعمومها على أن لا فرق بين هذه الحالات، بل متى تحقق دفع الضرورة بها حلت، وارتفع الحد عن شاربها، والقول بأنها لا تذهب العطش ولا الجوع خلاف المعروف من حالها من أنها تمسك الرمق عند الضرورة، وتزيل العطش ، وقد ذكروا أن من أهل الذمة من لا يشرب الماء دهراً اكتفاء بشرب الخمر عنه [1].

وأما الغاص بلقمة: فإنه يجوز له شرب الخمر فيما بينه وبين الله تعالى، وأما فيما بيننا فإن شهدناه فلا يخفى بقرائن الحال صورة الغصة من غيرها، فيصدق إذا ظهر ذلك، وإن لم يظهر حددناه ظاهراً، وسلم من العقوبة عند الله تعالى باطناً [2].

٧- الاضطرار إلى إتلاف مال الغير:

إذا ألجأت الضرورة مضطراً إلى أخذ مال الغير لإنقاذ نفسه أو غيره من التهلكة ولم يزد على قدر حاجته من ذلك فلا حد عليه بحال بإجماع الفقهاء، وذلك لعموم الآيات والأحاديث الدالة على رفع الإثم والمؤاخذة عن المضطر [3].

ويختلف الفقهاء في المقدار الذي يستحقه بالضرورة، والصحيح

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/١٥٩.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/٨٤.

(٣) انظر: البحر الرائق ٥/٥٨، حاشية الدسوقي ٢/١١٦-١١٧،المهذب ٢/٢٨٢، المغني ٩/١١٨، المحلى ١١/٣٤٣.

أن للمضطر أن يستهلك من مال غيره قدر حاجته، ويأكل ويشرب حتى يشبع، وأنه لا قطع عليه في شيء من ذلك، وبذلك مضت السنة، وقضى به عمر ﷺ كما تقدم لنا في درئه الحد عن غلمة حاطب بن أبي بلتعة ﷺ .

وقد قيل للإمام أحمد - رحمه الله -: أتقول بهـذا ؟ فقـال: "إي لعمري، لا أقطعه إذا حملته الحاجة والناس في شدة ومجاعة" [(١)].

قال ابن القيم - رحمه الله - معلقاً على هذا الحكم: "وهذا محـض القياس، ومقتضي قواعد الشرع، فإن السَّنة إذا كانت سنة مجاعة وشـدة غلب على الناس الحاجة والضرورة، فلا يكاد يسلم السارق من ضـرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه، ويجب على صاحب المال بذل ذلك له إمـا بالثمن أو مجاناً على الخلاف في ذلك، والصحيح وجوب بذلـه مجانـاً؛ لوجوب المواساة وإحياء النفوس مع القدرة على ذلك والإيثار بالفضل مع ضرورة المحتاج، وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج، وهي أقوى من كثير من الشبه التي يذكرها كثير من الفقهاء" [(٢)].

ويتعلق بهذا الموضع مسألة أخرى، وهي: هل يضمن المضـطر مـا أخذه من مال غيره لرفع ضرره ؟.

---

(١) انظر: المغني ١١٨/٩.

(٢) إعلام الموقعين ١١/٣، وانظر: المحلى بالآثار ٤٢٦/٧. أحكام القرآن لابن العربي ٨٢/١.

والجواب: أن الاضطرار إلى إتلاف مال الغير إما أن يكون بباعث الإكراه، أو بغيره من المشاق كالمخمصة والجوع الشديد:

فأما الإتلاف الناتج عما سوى الإكراه: فقد نص الفقهاء على أن المستهلَك إن كان شيئاً يسيراً أو مما يجب بذله للمضطر فليس فيه شيء؛ لما روي أن النبي ﷺ سئل عن الثمر المعلق، فقال: "من أصاب منه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه" (١).

وأما ما هو فوق ذلك من الأموال النفيسة والزائد على قدر الحاجة فلا يتجه الخلاف في ضمانه؛ لأن الإباحة لا تكون سبباً في إضاعة الحقوق، والقاعدة الشرعية أن "الاضطرار لا يبطل حق الغير" (٢).

وأما ما أتلفه المضطر من أموال غيره تحت تأثير الإكراه: فيختلف الفقهاء على من يجب الضمان ، هل على المكرِه، أو على المكرَه، أو

---

(١) الخبنة: طرف الثوب ومعطف الإزار، أي: لا يأخذ منه، والحديث عند أبي داود في السنن، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، (١٣٧/٤ح ٤٣٩٠) والترمذي في الجامع، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة للمار، (٥٨٤/٣ح ١٢٨٩) والنسائي في السنن، كتاب قطع السارق، باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين، (٣٤٤/٤ح ٧٤٤٦) وحسنه الألباني في (الإرواء ١٥٩/٨) وانظر: (الاستذكار٣١٠/٥، ٥٠١/٨-٥٠٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٦٨/٧، درر الحكام ٣٩/١، الاستذكار ٣١٠/٥، مغني المحتاج ٣٠٨/٤، كشاف القناع ١٩٨/٦، المدخل للزرقا ١٠٠٥/٢، نظرية الضرورة الشرعية ص: ٣٠٥.

عليهما معاً ؟ بناء على اختلافهم في تحقق الإكراه على المضطر [١].

والذي يقتضيه النظر: أن الضمان على المكرِه دون المستكرَه؛ لأنه المتسبب في الإتلاف، فكان أولى بتحمل هذه التبعة، والمكرَه مسلوب الاختيار، فهو شبيه بالآلة في يد غيره [٢].

فهذه جملة من أحكام الضرورة التي يبت فيها القضاء أوردتها في هذا السياق ليقاس عليها غيرها، فإن الإتيان على جميع الفروع مما لا يتعلق به الغرض في هذه الرسالة ، وهي إذا فهمت على وجهها صح جعلها كالقانون العام الذي ترجع إليه بقية الأحكام.

وبإعمال النظر في هذه المسائل يتضح جلياً أن الشريعة تطلب التخفيف والرفق بالمكلف كلما حل به ضرر أو لحقه من العمل مشقة ، فلا جرم أن تكون الأقوال الاجتهادية التي تنطوي على حرج أو ضرر مدفوعةً بهذا الأصل، فقد عهدنا من الشرع التيسير ودفع الضرر، وإذا كان ذلك كذلك فمن واجب القاضي أن يزن أقوال الفقهاء بهذا الميزان، فأي قول منها كان مشتملاً على الرفق، وتتحقق به مصلحة قضائية، ولا يعارض نصاً قطعياً، ولا قاعدة عامة كان هو الخليق بالتطبيق.

---

(١) انظر: المبسوط ٦٩/٢٤، البدائع ١٧٩/٧،أحكام القرآن لابن العربي ٣٠٢/٣، الفروق ٢٠/٤، الروضة ١٤٢/٩، المنثور ١٩٠/١، قواعد ابن رجب ٦٠٢/٢.

(٢) وهو مذهب الحنفية وقول في بقية المذاهب. انظر المراجع السابقة والمدخل الفقهي للزرقا ١٠٠٥/٢.

إلا أنه لا يصح للقاضي أن يأخذ بالرخصة كلما عنت لـــه ضـــرورة محتملة، أو ادعيت في مجلسه، بل عليه أن يتحقق في كل حادثة بخصوصها، ولا بد لكل ضرورة تُدَّعى أن تكون على وفق الميزان والضابط الذي يصح به كونها ضرورة شرعاً، فكثيراً ما يُتجوز في إطلاق الضرورة علـــى مـــا دونها من الحاجيات أو التحسينيات مما يكون سبباً في الخطأ كما سلف.

ثم لا يصح له أن يحكم بالسوابق القضائية في حالات الضرورة من دون تحقيق المناط والبحث عن المؤثرات؛ لأن نظره في حالات الضرورة والمشقة لا يجري على سنن واحد حتى يصح له قياس بعض الأحكـــام على بعض، بل ذلك يختلف باختلاف المشاق بحسب القوة والضعف في الأشخاص، وبحسب الأحوال والأزمان، فرب حالة تشق على شـــخص هي على غيره في غاية اليسر والسهولة، ورب مشقة في زمن يســـر في زمن آخر، ومن هنا قرر الشاطبي - رحمه الله - أن "الرخصة إضافية لا أصلية، بمعنى: أن كل أحد في الأخذ بها فقيه نفسه ما لم يحد فيها حـــد شرعي فيوقف عنده، فليس للمشقة المعتـــبرة في التخفيفـــات ضـــابط مخصوص، ولا حد محدود يطرد في جميع الناس" [(١)].

وحيث كان الأمر كذلك فمن واجب القاضي أن يكـــون خـــبيراً برتب المشاق والشدائد حتى يميز الضرورية منها عن غيرها، ويعرف مـــا يقدم منها وما يؤخر عند حصول التعارض كما في تقابل الضرر العام مع

---

(١) الموافقات ٤/٤٨٤.

الخاص، وعليه كذلك أن يكون حاذقاً بأحوال الناس، ليعرف المضطر منهم من غيره، ومن دون ذلك يضع الحكم في غير موضعه، وقد يسقط الحقوق، ويزهق النفوس؛ بحجة الضرورة حيث لا ضرورة، وعليه أن يكون وسطاً في هذا الباب لا يكون متساهلاً في أمره بحيث يأخذ بالتخفيف كلما ادعي سببه، ولا يغمض الطرف عن ضرورات الناس ومشاقهم ويعمل فيهم الحزم والجد؛ بل عليه أن يتوسط بينهما، ويعلم أن "الأخذ بالرخص والعزائم في محلها مطلوب راجح" [1]، وإعمال أحدهما في موضع الآخر تعسف وشطط.

فهذا ما فتح الله به من هذه المسالك والقواعد، وأظنها إن طلبت على وجهها اقتضت أحكامها على نحو اقتضاء العلة الحسية معلولها، وهي واجبة الاعتبار لمن أراد أن يصيب وجه الحق في القضاء، والله المستعان، وهو الموفق أولاً وآخراً .



(١) المنثور ٣/٣٩٦.

المبحث الخامس

مراعاة العوامل المؤثرة في القضايا

مدخل:

إن الشريعة الإسلامية بحكم طبيعتها المرنة النابعة من صفتي الثبات والشمول تعالج المؤثرات الاجتماعية بشتى صورها، سواء تعلقت بالشخص، أو بالحال، أو بالزمان والمكان، ومعلوم أن أحوال الأمم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة، وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول [(١)].

ومعالجة الشرع لهذه التغيرات لا تعني أن يكون ذلك بهدم بنيانه، إنما معناه: الحكم بما يلائم مقصوده الشارع، ولا يكون فيه حيف ولا ضرر بالمكلفين، فهي معالجة تنبع من ذات الشرع لا من أهواء الناس.

وإذا ثبت هذا أصلاً في التشريع، فإن إلغاء المؤثرات المحتفة بالحوادث القضائية عند البت فيها لا يستقيم وهذا الأصل الكلي لأمور:

أحدها: أن في ذلك معارضة صريحة لقواعد الشرع الواجب تحكيمها ومراعاتها، مثل قاعدة الضرورة، وسد الذرائع، والاحتياط، ونحوها.

الثاني: أن ذلك يستلزم التكليف بما لا يطاق، أو بما فيه حرج خارج

---

(١) انظر: مقدمة ابن خلدون ص: ٢٨.

عن المعتاد، ومعلوم بالضرورة أن هذا منتف عن تفاصيل الشرع وأصوله .

الثالث: أن اطراح هذه المؤثرات عن الاعتبار ينافي شرعية الاجتهاد؛ إذ لولا أن هذه المؤثرات لها اعتبار في نظر الشرع لما كان للإذن في الاجتهاد معنى ، وهذا بين مع التأمل.

الرابع: أن ذلك يفضي بالملة إلى أن تكون شرائعها قاصرة عن مواكبة الحوادث المستجدة، ولا يخفى أن ذلك مناف لخاصية الشريعة، وهي الثبات والشمول.

إذا علم هذا فأولى الناس بمراعاة هذه المؤثرات هم القضاة؛ ذلك أنهم مؤتمنون على الحكم بين الناس بالعدل الذي أنزله الله، والميزان الذي وضعه، ولا يستقيم لهم ذلك إلا باعتبارها.

وإذا كان اعتبار هذه العوامل قاسماً مشتركا بين القاضي وغيره من المجتهدين فإن القضاء بحكم ما له من خصوصيات ومزايا تجعل نظر القاضي حيال هذه العوامل يتراوح بين التوسيع والتضييق والتشديد والتيسير حسبما يلائم كل حالة، ويحقق مقصود الشارع من القضاء الذي هو الفصل والعدل، وهذه الخاصية هي ما يحاول هذا البحث كشفها وبيانها.

وليعلم أن هذه العوامل المذكورة هنا هي أهم ما يؤثر في القضايا، وما عداها فهو بالتحقيق راجع إليها، على أن ما سلف من مسالك الاجتهاد القضائي يكمل هذه العوامل وينميها؛ إذ هما من مشكاة واحدة، ولنفرد لكل عامل منها مطلباً يخصه، ومن الله نستمد العون والتوفيق.

المطلب الأول

العرف والعادة

العرف والعادة مصدران من مصادر التشريع المعتبرة يُرجع إليهما في أكثر أبواب المعاملات، وهما أخلق وآكد بالتفقه والاعتبار من سائر المصادر الاجتهادية؛ لما يوجبانه من تغاير الأحكام بحسب اختلاف البلدان والأزمان والأحوال، حتى قيل: "إن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي يرجع إليها الفقه كله" (١).

ولذلك أثرى قديماً علماء الفقه والأصول هذا الجانب بالبحث والتأليف، ثم جاءت بحوث المعاصرين حوله تترى، كل منها يختلف عن الآخر في دراسته للعرف، وتقويمه لمنزلته، وكيفية تأثيره في مجالات الحكم بالأعراف، ما يدلك على أن العرف ذو شأن وتميز عن بقية مصادر التشريع المعتبرة (٢).

---

(١) فتح الباري نقلاً عن القاضي حسين الشافعي ٤/٤٠٦.

(٢) أولى الفقهاء -رحمهم الله- عناية بالغة بالأعراف والعادات، إلا أنه لم يوجد لهم كتاب مفرد في أحكام العرف، وإنما أدرجوا الكلام عنه ضمن القواعد الفقهية ومباحث الأصول، حتى جاء الفقيه محمد أمين عابدين الحنفي المتوفى سنة (١٢٥٢هـ) فأفرد للعرف جزءاً سماه (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف) ثم جاء القرن الرابع عشر الهجري فتوالت فيه الأبحاث عن العرف بكثرة، ولعل أول من بحثه هو الشيخ محمد أبو سنة في كتابه الذي سماه =

وقد كان القضاء - بحكم لصوق العرف بالمعاملات أكثر - المجال الرحب لأحكامه وتقديراته، ولا تكاد تجد حكماً قضائياً إلا وللعرف سلطان في إثباته أو نفيه أو تقييده أو تعديله حاشا الأحكام التي لا تتغير بتغير الأعراف.

وإذا كان العرف يستقل بالحكم في كثير من مسائل الفقه والفتوى فإن القضاء لا يستقل بأحكامه مصدر أنى كانت رتبته وقوته ؛ من أجل ما تقرر سابقاً أنه يعتمد في حكمه تحقيق المناط بنوعيه العام والخاص، وقد علم هناك أن هذا المناط لا يتحقق إلا بتوافر الأدلة والحجج وشواهد الحال واعتبار المآل، فلا يستقيم قضاءً اعتبار العرف وحده، ومن هنا فإن بحث العرف في الجانب القضائي بالإضافة إلى أهميته فإنه يسلك منهجاً فذاً وطريقا مختلفاً، وهذا ما سأحاول إبرازه في هذا السياق بعد تعريفه وبيان حكمه.

١- تعريف العرف:

العُرف في اللغة: كل ما تعرفه النفس من الخير، وتألفه وتطمئن إليه، وضده النكر.

ودلالته على هذا المعنى ثابتة على وجه الحقيقة، وقد يتجوز في إطلاقه على معان أخَر كإطلاقه على أعراف الريح والسحاب

= (العرف والعادة في رأي الفقهاء)، ثم عمر عبد الله في بحثه (العرف في الفقه الإسلامي)، وستمر بك مؤلفات أخر في العرف. انظر في هذا: قاعدة العادة محكمة للدكتور يعقوب الباحسين ص: ٥-٦.

والضباب وموج البحر ونحوها [١].

ومادة هذه الكلمة - على ما ذكره ابن فارس - تدل على أصلين:

أحدهما: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض كعرف الديك والفرس.

والآخر: السكون والطمأنينة: ومن هذا: المعرفة والعرفان؛ لأن من أنكر شيئاً توحش منه، ونبا عنه [٢].

والعرف في الاصطلاح: "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول" [٣].

ومفاد هذا التعريف: أن العرف هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وتحقق في قرارها مستندة إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب العقول الزكية والفطر السليمة، وهذا يشمل العرف بنوعيه: الفعلي والقولي.

واطمئنان النفس إلى هذا العرف ناتج عن تكراره واعتياده حتى صار له سلطان لا يمكن رده أو يتعسر، ومن هنا خرج ما حصل بطريق الندرة، فلا يسمى عرفاً؛ لكونه لم يستقر في النفوس، كما خرج أيضاً ما شاع في بعض المجتمعات من الأمور المنكرة كتعاطي المسكرات والتبرج والاختلاط ونحو ذلك؛ فهذا وإن استقر عرفاً إلا أنه إنما استقر من جهة الأهواء

---

(١) تهذيب اللغة ٢/٢٠٨، لسان العرب ٩/٢٤٠-٢٤١، القاموس ص: ١٠٨١.

(٢) مقاييس اللغة ٤/٢٨١.

(٣) انظر : التعريفات للجرجاني ص: ١٩٣، نشر العرف لابن عابدين ٢/١١٤، الكليات ص: ٦١٧.

والشهوات لا من جهة العقول والفطر السليمة، بل هي ترده وتنكره [١].

٢- تعريف العادة:

العادَة لغة: الديدن والدأب والاستمرار على مزاولة أمر من الأمور حتى يصير تعاطيه سهلاً كالطبع، مأخوذة من العود أو المعاودة، بمعنى: التكرار؛ لأن صاحبها يعاودها ويرجع إليها مرة بعد أخرى [٢].

والعادة اصطلاحاً: هي "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية" [٣].

ومفاد هذا التعريف: أن ما تكرر من غير علاقة عقلية فهو عادة، سواء كان قولاً أو فعلاً، صادراً من الفرد أو الجماعة، وسواء كان مصدره أمراً طبيعياً كحرارة بعض المناطق المسببة في سرعة البلوغ، والبرودة المسببة في بطئه، أو الأهواء والشهوات كما اعتيد في بعض البلاد أخذ الرشاوى، وأكل أموال الناس بالباطل، وكذا ما كان مصدره حادثاً خاصاً كفساد الألسنة باختلاط العرب بالعجم، فكل هذا يسمى عادة، ومنه يظهر أن العادة أعم من العرف، وهو اصطلاح مخالف لما درج عليه الأكثرون كما سيأتي.

وخرج بلفظ: "المتكرر" ما حصل بطريق الندرة والقلة، فذلك لا يسمى

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٧٣، قاعدة العادة محكمة ص: ٣٥.

(٢) انظر: لسان العرب ٣/٣١٦، القاموس المحيط ص: ٤٣٦.

(٣) التقرير والتحبير ١/٣٥٠، وانظر: مفردات الراغب ص: ٣٥٢، التعريفات للجرجاني ص: ١٨٨،

عادة؛ إذ لا معاودة فيه، وبقوله: "من غير علاقة عقلية" ما حصل عن علاقة عقلية كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر، فذلك لا يسمى عادة وإن تكرر؛ لأنه يكون من قبيل التلازم العقلي لا العادي [١].

العلاقة بين العرف والعادة:

أكثر العلماء يعدون العرف والعادة لفظين مترادفين؛ لما يشتركان فيه من الأحكام المبنية عليهما [٢].

ويرى بعضهم أن العادة أعم من العرف؛ لأنها قد تكون فردية أو مشتركة، أما العرف فهو أخص؛ لكونه مقيداً بالجمهور، فعلى هذا تكون العلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق، فكل عرف عادة، وليس كل عادة عرفاً [٣].

وقيل: إن العرف يختص بالأقوال، والعادة تختص بالأفعال [٤].

وقيل: العرف يكون في الأفعال والأقوال، والعادة تختص بالأعمال [٥].

لكن الناظر في أحكام العرف والعادة يستغني عن هذه الفروق؛ إذ ما من حكم يتعلق بالعرف إلا والعادة شريكته فيه، فلا يكون لهذا الفرق كبير

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٧١.

(٢) نشر العرف ٢/١١٤، العرف والعمل للجيدي ص ٣٧، قاعدة العادة محكمة ص ٤٩.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٨٧٣-٨٧٤، العرف والعمل ص: ٣٧-٣٨.

(٤) انظر: كشاف اصطلاحات الفنون ٢/١٧٩ .

(٥) وهو ظاهر كلام ابن الهمام في التحرير، انظره مع شرحه التقرير والتحبير ١/٣٥٠.

أثر إلا تحديد المصطلح، فيكون خلافاً في عبارة، والخطب فيه يسير [١].

٣- أقسام العرف [٢]:

للعرف من حيث هو أقسام كثيرة، وحسب التعريفات السابقة فإن ماهيته لا تخرج عن أقسام أربعة:

١- العرف القولي: وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم عند الإطلاق، وذلك كتخصيص لفظ الولد بالذكر دون الأنثى، والراعي براعي الأنعام والبهائم دون غيره.

٢- العرف العملي: وهو ما اعتاده الناس وتعارفوه في أفعالهم العادية ومعاملاتهم المدنية كعادة المرأة في الحيض والتجار في الصناعة ونحو ذلك.

٣- العرف العام: وهو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور، كالاستصناع في كثير من الحاجات، وبدء الزواج بالخطبة، وتأجيل قسط من المهر.

---

(١) وهذا باستثناء واضعي القوانين والمنظرين لها، فهم يفرقون بين العرف والعادة بفروق مؤثرة مرجعها إلى أن العرف أقوى من العادة وألزم للحكم؛ ولذلك جعلوا معرفته شرطاً في تولي القضاء ، انظر: العرف والعمل للجيدي ص: ٣٨-٤٤.

(٢) انظر أقسام العرف في: نشر العرف ٢/١١٤، الكليات ص: ٦١٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٢/٨٧٥- ٨٧٨، قاعدة العادة محكمة ص: ٣٦-٤٩.

٤- العرف الخاص: وهو الذي يختص ببلد ومكان دون آخر، وبفئة من الناس دون أخرى، وهو كثير متنوع متجدد لا تحصى صوره؛ لأن المصالح مختلفة بحسب الزمان والشخص، كما أن الناس تختلف مذاهبهم في تحصيل تلك المصالح وتحقيقها [١].

٤- حجية العرف:

استفاضت نصوص الكتاب والسنة على اعتبار العرف حجة صحيحة يرجع إليها في معرفة الحكم الشرعي وتحديده، وعلى ذلك أجمع الفقهاء[٢].

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[٣].

فالعفو: ما فضل من أموال الناس، وطابت أنفسهم ببذله والتصدق به، ويدخل فيه أيضاً التخلق مع الناس بالخلق الطيب، وترك الغلظة والفظاظة، ومنه الدعوة إلى الله بالتي هي أحسن.

وأما العرف: فهو كل خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس، ولا تعارض الشريعة، فذلك مما أمر الله به في كتابه،

---

(١) انظر: نشر العرف لابن عابدين ٢/١١٤، الكليات ص: ٦١٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٢/٨٧٥- ٨٧٨، قاعدة العادة محكمة ص: ٣٦-٤٩.

(٢) انظر أدلة اعتبار العرف في: الفروق للقرافي ٣/٢٦٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٩، نشر العرف ٢/١١٤.

(٣) سورة الأعراف، آية: ١٩٩.

وهو حجة على اعتبار العرف [(١)].

ومن السنة: حديث عائشة - رضي الله عنها -: "أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" [(٢)].

فقوله ﷺ : "بالمعروف" دليل على أن العرف حجة في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي، بل اعتبار الشارع له صيره من جملة الأدلة، فكان التحكيم إليه على وفق الشرع [(٣)].

وقد روي مرفوعاً وموقوفاً حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيئ" [(٤)].

---

(١) قال القرافي : "كل ما شهدت به العادة قضي به؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ إلا أن تكون هناك بينة". الفروق ٣/٢٦٢. وانظر: المحرر الوجيز ٢/٤٩١، تفسير القرطبي ٧/٣٤٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٥/٢٠٥٢ح ٢٠٥٢)، ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب قضية هند (٣/١٣٣٨ح ١٧١٤).

(٣) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/٨، فتح الباري ٩/٥١٠.

(٤) أخرجه أحمد في (المسند ١/٣٧٩) والحاكم في (المستدرك ٣/٨٣) موقوفاً على =

وأما الإجماع: فالمذاهب الفقهية المتبوعة كلها متفقة على اعتبار العرف في الشرع، وأنه حجة فيما لم يرد فيه نص معارض له [(١)].

قال شهاب الدين القرافي: -رحمه الله-: "أما العرف فمشترك بين المذاهب كلها، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها". [(٢)]

وقال أبو إسحاق الشاطبي -رحمه الله-: "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً" [(٣)].

ومن دلائل الشرع وأقوال الفقهاء يتبين أن العرف في الشرع له سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها وتعديلها وتحديدها، وأنه يجري على سنن القياس في كشفه للحكم الشرعي، وتنزيله للحكم المناسب على الحالة المناسبة، ويزيد عليه قوة إذ يرتقي إلى رتبة الإجماع حتى لا تجوز مخالفته أو العمل بغيره.

وهذه المنزلة للعرف هي التي صبغت الشرع الإسلامي بصفتي الثبات

= عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وهو صحيح عنه، ورفعه لا يثبت بحال، وإن كان معناه صحيحاً. انظر: (نصب الراية ٤/١٣٣) (السلسلة الضعيفة ٢/١٧) .

(١) انظر: المبسوط للسرخسي١٣/١٤ ٣٠/٢٢٠، فتح القدير ٧/١٥، الفروق للقرافي ١/٣٨٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٠، شرح مختصر الروضة للطوفي ٣/٢١٢، المعيار المعرب ٨/٢٩٠.

(٢) الذخيرة ١/١٥٢، شرح تنقيح الفصول ص: ٤٢٦.

(٣) الموافقات ٢/٤٩٣.

والشمول، فهو ثابت لكونه يحكم بالعدل المطلق وبما يعود على الناس بالنفع والخير، ويواكب المستجدات على مر العصور واختلاف الدهور، يستحسن العرف ولا يهدره، ويدفع المنكر ولا يقره، فلا يزاحَم في تشريعه مهما طال الأمد، وشامل؛ لكونه موضوعاً على قواعد عامة وكليات مطردة لا يتخلف عنها شيء من جزئياتها حتى تقوم الساعة.

وتحكيم العرف في شؤون الحياة يعد أيضاً من مظاهر التيسير ورفع الحرج الذي هو من أخص أوصاف هذه الملة؛ فإن الناس إذا اعتادوا شيئاً مسَلماً في الفطر عسُر عليهم تركه؛ إذ لا مضرة فيه دينية أو دنيوية، فجعله الشرع الحكيم قاعدة يحتكم إليها متى توفرت شروطه وانتفت موانع الأخذ به.

فالعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة، ثم تكون نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات، وينير محجة القضاء [(١)].

واعتبار هذا المعنى هو الذي جعل الفقهاء يُقعِّدون للعرف في معظم أبواب الفقه، ويجعلونه أصلاً تتفرع عليه مسائل كثيرة، كقولهم: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" [(٢)].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٧٩-٨٨٠.

(٢) انظر: المنثور ٢/٣٦٣، إعلام الموقعين ٢/٤١٤، الأشباه للسيوطي ص: ٩٦، مجلة الأحكام العدلية م: ٤٣.

وقولهم: "العبرة للغالب الشائع لا للنادر" [١] .

وقالوا: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأعراف والأزمان" [٢].

٥- شروط اعتبار العرف:

مهما يكن للعرف من شأو ومنزلة فإنه لا يكون حجة ما لم تتوفر فيه الشروط اللازمة لذلك، وهي بالجملة أربعة: وتفصيلها كما يلي:

١- أن يكون مطرداً في جميع الحوادث أو غالباً في أكثرها.

والمقصود بالاطراد في كلام الفقهاء: العموم والشيوع، بمعنى: أن تكون العادة أو العرف مستفيضاً بحيث يعرفه جميع الناس في البلاد كلها، أو في الإقليم الخاص، أو بين أصحاب المهن والحرف المعينة.

وأما الغلبة: فالمراد بها ما دون الاطراد، وهو أن يكون العمل بها جارياً في أكثر الحوادث، بحيث لا يترك العمل بها في أكثر الأحيان [٣].

والباعث على هذا الشرط: أن للعادات سلطاناً على النفوس، فمتى غلبت أو اطردت اعتبرت من ضروريات الحياة، وعسر على الناس تركها

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م/ ٤٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص: ٢٣٥.

(٢) سيأتي بحث هذه القاعدة في الباب الثاني، وانظر جملة من القواعد المفرعة على العرف في: قاعدة العادة محكمة ص: ١٨٩-٢١٧، وقد عد منها مؤلف الكتاب أزيد من خمسين قاعدة.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٩٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٢٨، قاعدة العادة محكمة للباحسين ص: ٦٣.

أو التقيد بغيرها، فحينها تُحكم في الحوادث، وتصير دليلاً معتبراً في الشرع، فإذا لم تطرد أو لم تغلب لم يكن لها اعتبار ولا سلطان؛ من أجل انتفاء الحاجة التي هي مناط اعتبار العرف [١].

وجدير بالذكر: أن اشتراط الغلبة والاطراد لا يعني أن يكون العرف عاماً وشائعاً في سائر أمصار المسلمين، بل العرف الخاص يعتبر أيضاً على نحو اعتبار العرف العام، إلا أنه لا يتجاوز به محله وأهله، فالعام يثبت به الحكم العام، والخاص يثبت به الحكم الخاص [٢].

٢- أن يكون العرف مقارناً للتصرف [٣].

بمعنى: أن يكون حدوثه سابقاً لوقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه، سواء كان العرف قولاً أو فعلاً؛ وهذا لأن العرف يعمل به فيما وجد بعده لا فيما مضى قبله؛ ولذلك قالوا: "لا عبرة بالعرف الطارئ" [٤].

---

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٧٩-٨٨٤.

(٢) وقد نقل عن بعض الحنفية القول بعدم اعتبار العرف الخاص، وهو خلاف ما جرى به العمل في المذهب؛ إذ إن الفروع التي بنيت أحكامها على الأعراف الخاصة تكاد لا تنحصر من كثرتها؛ ولذا وجه ابن عابدين هذا القول بأن المراد به: أن العرف الخاص لا يصلح ناسخاً للنص الخاص أو مقيداً له بخلاف العرف العام. انظر: نشر العرف ٢/١٣٣.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٩٦، المدخل الفقهي للزرقا ٢/٨٩٩ .

(٤) انظر مع المرجعين السابقين: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٣٣.

وقد بين الشاطبي -رحمه الله- أن العادات التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال لا يصح أن يقضى بها على قوم حتى يعرف أنها كانت عادتَهم، أو يقوم دليل على ذلك؛ لأنه لا يقضى على من مضى بعادة ثبتت متأخرة [١].

وبناء على هذا الشرط: فإن ألفاظ الواقفين والموصين وشروطهم إنما تحمل على عرف زمانهم، فهي التي تبين مقصودهم، ولا تحمل أو تفسر بعرف من جاء بعدهم.

٣- أن لا يعارض العرفَ تصريح بخلافه.

بمعنى: أنه إذا وجد تصريح من أحد المتعاقدين مثلاً بخلاف ما جرى به العرف كان المعول على ذلك التصريح لا على العرف؛ لأنه "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح" [٢].

وهذا الشرط قيد على القاعدة المتقدمة، وهي أن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" [٣].

يقول العز بن عبد السلام: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، ووجب الوفاء بذلك؛ لأنه إنما خرج عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف

---

(١) انظر: الموافقات ٢/٥٠٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م/١٣.

(٣) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٠١.

ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز" [١].

وقال ابن الهمام: "ولا عبرة بالعرف إذا جاء التصريح بخلافه" [٢].

٤- ألا يكون في الأخذ بالعرف تعطيل لنص ثابت أو لأصل قطعي.

العرف مهما قوي سلطانه فإنه لا يبلغ أن يقوى على سلطان الشرع حتى يدفعَه ويحل مكانه؛ فالشرع الثابت بدليل قطعي أحق بالحكم على الحوادث وألزم بها، ولو أطلق للعرف العنان لأطاح بالشرع كله، ثم لا يشق على المخالف أن يقول: "الدين ما عرفه الناس واعتادوه"، فيصير الشرع محكوماً عليه بدل أن يكون حاكماً، وهل جاء الشرع إلا لتقويم الأعراف وتهذيب العوائد ؟، ومن هنا قال الفقهاء: "لا عبرة بالعرف المصادم للنص" [٣].

إلا أن هذا ليس على إطلاقه، بل في المسألة بعض تفصيل يحسن إيراده في هذا السياق، وهو: أن العرف المعارض للشرع لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون العرف موجوداً زمن الوحي ، أي: أنه يكون سابقاً على زمن التشريع أو مقارناً له، فاختلف أهل العلم بالأصول هل يتخصص النص ويتقيد بهذا العرف على أقوال كثيرة ما بين مضيق وموسع،

---

(١) قواعد الأحكام بتصرف ١٥٨/٢، وانظر: المدخل الفقهي للزرقا ٩٠١/٢.

(٢) فتح القدير ٣٧٠/٣.

(٣) المبسوط ١٩٦/١٢، فتح القدير ١٥/٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٨/١، المدخل الفقهي ٩٠٢/٢.

وبسط هذه الأقوال ومناقشتها لا يتعلق به الغرض في هذا الموضع [(١)].

إلا أنه يقوى في النظر القول بتخصيص العرف المقارن وتقييده للنص؛ لكونه أوفق لعادة الشرع في التشريع؛ فإن سنة الوحي جرت على مخاطبة الناس بما يعهدون ويعرفون، حتى إذا كان المراد خلاف ما عهدوا جاء البيان في وقته ومحله، ولم يؤخر بحال.

يقول ابن تيمية -رحمه الله-: "تخصيص العموم بالعادة بمعنى قصره على العمل المعتاد كثير المنفعة، وكذا قصره على الأعيان التي كان الفعل معتاداً فيها زمن التكلم، وهذا يشبه من وجه القصرَ على السبب" [(٢)].

فإذن ليس في حمل نص الشارع على عرف المخاطبين تعطيل لحكم الشرع بحال، بل هو تنزيل للحكم الشرعي على محله، وتقييد له بمناطه، فهو طريق إلى فهم كلام رب العالمين، وسنة نبيه ﷺ؛ إذ من المعلوم أن الشرع جاء بلسان العرب، وهم قد عهدوا واعتادوا نمط اللسان العربي في الخطاب، أعني أنهم يصرفون لسانهم بتصاريف مختلفة، تنافي في الغالب الظاهر منها، "فتراهم يخاطبون بالعام يراد به ظاهره، وبالعام يراد به العام

---

(١) انظر: المستصفى ٣٢٩/٣، شرح تنقيح الفصول ص: ١٩٦، الإحكام ٣٥٨/٢، البحر المحيط ٣٩١/٣-٣٩٧، المسودة ص: ١١١، الموافقات ١٨/٤-٤٩، نشر العرف ١١٦/٢.

(٢) المسودة ١١٢/١-١١٣، وانظر: العقد المنظوم ٣٨٦/٢-٣٨٧، البحر المحيط للزركشي ٣٩٣/٣.

في وجه والخاص في وجه، وبالعام يراد به الخاص، وبالظاهر يراد به غير الظاهر، وكل ذلك يعرف من أول الكلام أو وسطه أو آخره، ويتكلمون بالكلام ينبئ أوله عن آخره أو آخره عن أوله، ويتكلمون بالشيء يعرف بالمعنى كما يعرف بالإشارة، ويسمون الشيء الواحد بأسماء كثيرة والأشياء الكثيرة باسم واحد، وكل هذا معروف عندهم لا يرتابون في شيء منه هم، ولا من تعلق بعلم كلامهم، فإذا كان كذلك فالشرع في معانيه وأساليبه على هذا الترتيب" (١).

يقول أبو إسحاق الشاطبي-رحمه الله-: "ما تقرر من أمية الشريعة وأنها جارية على مذاهب أهلها وهم العرب ينبني عليه قواعد:

منها: أنه لابد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين، وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثمة عرف فلا يصح أن يجرى في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب" (٢).

الحالة الثانية: أن يكون العرف حادثاً بعد النص، فهذا إن كان معارضاً للنص من كل وجه بحيث يلزم من العمل به إبطال الشرع ألغي اعتباره، ولم يجز تحكيمه بحال؛ إذ لا عبرة بالعرف المصادم للنص، وهذا

---

(١) الموافقات ٢/١٠٣-١٠٤.

(٢) الموافقات ٢/ ١٣١، وقد قرر هذا المعنى بنحو بديع في ٤/١٨-٤٩.

مثل الأعراف الكثيرة الفاسدة التي سادت في زماننا.

وإن أمكن التوفيق بين هذا العرف وبين النص بوجه من الوجوه المعتبرة صح العمل به، ولا يكون بينهما تخالف أو معارضة، وذلك كأن يكون النص الشرعي نفسه معللاً بالعرف، أي مبنياً على عرف عملي قائم وقت ورود النص، فإذا تغير ذلك العرف تغير معه حكمه على نحو زوال المعلول بزوال علته.

ومثل ذلك أيضاً: أن يكون النص التشريعي معللاً بعلة ينفيها العرف الحادث، فحينئذ يصار إلى العرف، لأن تطبيق النص بعد ذلك يؤدي إلى أن يعود على مقصود الشرع منه بالإبطال؛ إذ لا علة لشرعه، وهذا معنى ما أصله ابن القيم -رحمه الله- في الفصل الذي عقده في بيان أن الفتوى تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد [١].

وعلى ذلك حملت بعض اجتهادات عمر ﷺ، مثل حكمه بإسقاط سهم (المؤلفة قلوبهم) [٢]، فقد قيل: إنه لم يكن في زمنه حاجة للتأليف

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٣، وانظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٠٥-٩١١، وسيأتي بحث ما يتعلق بهذا الموضع بإسهاب في قاعدة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان". انظرها في ص: (٦٢٣).

(٢) اختلف الفقهاء في تحديد (المؤلفة قلوبهم)، وخير ما وقفت عليه من كلامهم قول أبي بكر الجصاص: "والمؤلفة قلوبهم قوم يُتألفون على الإسلام بما يُعطَون من الصدقات، وكانوا يتألفون بجهات ثلاث: إحداها: للكفار لدفع معرتهم، =

على الإسلام، من أجل قوة المسلمين وكثرة عددهم، فكأن التأليف مشروط بضعف المسلمين، يدور معه وجوداً وعدماً، فلم يكن - على هذا الاعتبار- في زمنه ﷺ محل لهذا النصيب ، فيكون إسقاطه من قبيل انتفاء العلة أو الشرط، لا أنه رفع للحكم الشرعي [١].

= وكف أذيتهم عن المسلمين، والاستعانة بهم على غيرهم من المشركين، والثانية: لاستمالة قلوبهم وقلوب غيرهم من الكفار إلى الدخول في الإسلام، ولئلا يمنعوا من أسلم من قومهم من الثبات على الإسلام، ونحو ذلك من الأمور، والثالثة: إعطاء قوم من المسلمين حديثي العهد بالكفر لئلا يرجعوا إلى الكفر". أحكام القرآن ٣٢٤/٤. وانظر: أحكام القرآن لابن العربي ٥٢٥/٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧٨/٨.

وقضية إسقاط عمر سهم المؤلفة قلوبهم أخرجها ابن جرير الطبري في (جامع البيان ١٦٣/١٠)، والبيهقي في (السنن الكبرى ٢٠/٧)، وفي بعض آثار هذه القضية مقال لأهل العلم بالحديث لكنها مستفيضة، انظر: (نصب الراية ٣٩٤/٢) (التلخيص الحبير ١١٣/٣).

(١) وقد ذهب الأحناف، والمالكية في المشهور، وهو أحد قولي الشافعي، ورواية عن أحمد إلى أن سهم المؤلفة قلوبهم انقطع بعزة الإسلام وكثرة أهله. انظر مع المراجع السابقة : الأم ٧٥/٢،٧٢، الاستذكار ٢١١/٣، المغني ٣٢٧/٦ .

أثر العرف في الأحكام القضائية:

الناظر في أقضية النبي ﷺ وخلفائه الراشدين ومن جاء بعدهم من قضاة المسلمين يرى أن كثيراً منها بني على اعتبار عرف عام أو خاص كان سائداً زمن الحكم، واقتضت الحاجة تحكيمه فيه، وهذا النظر يكشف عن حقيقة ثابتة، وهي: أن العرف يكاد أن يكون في قوته بمثابة النص والإجماع حتى لا تجوز مخالفته أو التعويل على غيره، وقد سبق التعليل لهذه القوة بأنها ناشئة عن الضرورة أو الحاجة إلى تحكيم هذا العرف؛ إذ من العسير جداً الحيلولة بين الناس وأعرافهم التي تواطأت العقول والفطر السليمة على حسنها، وأنه لا مضرة فيها، كما أنه من العسير أيضاً إلغاء هذه الأعراف ساعة الفتوى أو القضاء؛ فإنه يجر إلى أن يكون الحكم على خلاف النيات والظواهر والعادات، وهذا من التكليف بما لا يطاق، أو بما فيه حرج وعنت على الناس، ثم إذا كان الحكم على وجه الإلزام صار مع ذلك ظلماً تأباه الشريعة، ولا يقره عقل، وهو خلاف العدل الذي من أجله وضع الله الميزان، وشرع القضاء طريقاً إلى تحقيقه، ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾[1].

ومن أجل هذه النتائج العكسية أطبق الفقهاء -رحمهم الله- من سائر المذاهب على اعتبار العرف أصلاً معتبراً في الشرع، يجري على سنن القياس في الكشف عن الحكم، ويقوم مقام الإجماع عند عدم النص،

(١) سورة النساء، آية: ١٠٥.

وشددوا مع ذلك على ضرورة التقيد بالأعراف المعتبرة، وعدم إلغائها وإهدارها رأساً [(١)].

يقول أبو بكر بنُ العربي[(٢)]: "العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام" [(٣)].

ويقول شهاب الدين القرافي: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت...وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهذا عند التحقيق لا خلاف فيه، بل إنما يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا ؟، وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى طول الأيام، فمهما تجد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، فهذا هو الحق الواضح،

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٥/٧، نشر العرف لابن عابدين ١١٤/٢، الفروق للقرافي ١٣٩/١، ٣٨٥-٣٨٧.

(٢) محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد، أبو بكر المعافري المعروف بابن العربي ، من أهل اشبيلية، فقيه لغوي أصولي محدث، من أعلام المالكية، قال عنه الذهبي: "وكان القاضي أبو بكر ممن يقال: إنه بلغ رتبة الاجتهاد"، وقال عنه ابن فرحون: "الإمام العلامة الحافظ المتبحر، ختام علماء الأندلس، وآخر أئمتها وحفاظها".

انظر: سير أعلام النبلاء ١٩٧/٢٠- ٢٠١، الديباج المذهب ١٨٢/١، شجرة النور الزكية ص: ١٣٦.

(٣) أحكام القرآن ٢٨٨/٤.

والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين" [١].

ثم يقول في موضع آخر: "فهذه قاعدة لابد من ملاحظتها، وبالإحاطة بها يظهر لك غلط كثير من الفقهاء والمفتين، فإنهم يُجرون المسطورات على أهل الأمصار في سائر الأعصار، وذلك خلاف الإجماع، وهم عصاة آثمون، ولا يعذرون بالجهل؛ لدخولهم في الفتوى وهم ليسوا أهلاً لها، ولا عالمين بمداركها وشروطها واختلاف أحوالها" [٢].

وقد علق ابن القيم - رحمه الله- على كلام القرافي هذا بكلام قيم، انظره يقول: "وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان" [٣].

وإذا كان العرف بهذه المنزلة اقتضى أن يكون القاضي على دراية كافية بأعراف الناس وأحوالهم وعوائدهم يفوق في ذلك المفتي والفقيه؛ لأن القضاء من شأنه أن يلزم بالحكم الذي يسفر عنه البحث والتحقيق،

---

(١) الفروق ١/٣٨٥-٣٨٧.

(٢) الفروق ١/١٤١.

(٣) إعلام الموقعين ٣/٧٨.

وقد يكون عقوبة في أقصى مراتبها، فإذا أهدر العرف إبان البحث وإصدار الحكم في الوقائع التي تخضع للأعراف وقع في الجور والخطأ لا محالة.

والعرف في القضاء تنبني عليه مسائل كثيرة، فهو بالإضافة إلى كونه كاشفاً للحكم الشرعي يكون أيضاً كاشفاً عن الناس، ومميزاً للصادق من الكاذب، وبه يميز القاضي بين من تسمع دعاوى التهم ضده وبين من لا تسمع؛ فإن العرف هو الذي يشهد بصلاح الناس وفسادهم، وهو أيضاً يكون مرجعاً يحتكم إليه في فصل التعارض بين الحجج والبينات، فما قام العرف على اعتباره منها قوي ورجح، وما خالفه أهدر ولم يعتد به، وحتى ساعةِ الكشف عن الحكم لا يستغني عنه القاضي في تقدير التعزير بالعقوبة حسب عظم الجرم وصغره في نظر العرف، وحسبما يتحمله المحكوم عليه، وهذا على مقتضى القاعدة الفقهية التي تقول: "إن ما رتب الشارع عليه حكماً، ولم يحد فيه حداً رجع في تحديده إلى العرف" (١).

وبالجملة: فالعرف له مجال فسيح في الاجتهاد القضائي، وله سلطان واسع المدى في أحكامه سيما في الأحكام الاجتهادية والمسائل الخلافية؛ فإن الاجتهاد عادة ما يتمخض عن مراعاة الأعراف الجارية والعلل المستنبطة، وهذه المعايير لا تكسب أحكامها ثباتاً مستمراً، بل تدور معها كيفما دارت، فإذا اقتضى عرف جديد خلاف ذلك الحكم كان على القاضي أن يستجيب له، ولا يتركه لظاهر مذهبه؛ إذ لا يكون له معارض

---

(١) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٤/١٩٥.

خاص أو عام، والعرف في الغالب دليل الحاجة، فيقدم على غيره، ويرجح به عند التعارض كما نص على ذلك غير واحد من الفقهاء، بل قالوا: "إنه يكون بمنزلة الإجماع عند عدم النص" (١).

وهذه أصول أحكام العرف العامة في القضاء، أما آحادها وفروعها فلا يكاد يحصرها فقيه، والمجتهد الراسخ من القضاة من أحاط بها خبراً، وحكمها في أمره ونهيه ومنعه وإعطائه، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، "فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم عنه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام" (٢).

ثم ليعلم أن الاختلاف في الحكم لا يعد تغييراً في أصل الحكم الشرعي، بل هو تقرير له؛ لأنه إنما قصد به ملاءمة العرف والعادة حتى يتحقق المقصود منه من دفع الضرر، والتيسير على الناس، فمتى تخلف هذا القصد لم يكن تطبيقه سائغاً بحال، بل يبحث عن حكم آخر يلائم ذلك العرف ويحقق المقصود منه، فهو حكم آخر لعرف آخر، وإنما يتصور

(١) فتح القدير لابن الهمام ١٥/٧، وانظر: تبصرة الحكام ٦٨/٢-٦٩، نشر العرف ١١٥/٢-١١٦.

(٢) نشر العرف ١٢٥/٢.

التغيير لو حُكم على نفس العرف السابق بغير حكمه الأول [١].

وفي هذا يقول الشاطبي - رحمه الله-: "واعلم أن ما جرى ذكره هنا من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب؛ لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية والتكليف كذلك لم يحتج في الشرع إلى مزيد، وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها...فالأحكام ثابتة تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق" [٢].

فهذا معنى تغير الأحكام بتغير الأعراف، ومنه تعلم فساد منهج دعاة التبديل في الشرائع؛ بحجة مواكبة العصر ومسايرة التغيرات، فشريعة الله خالدة مادامت الأرض والسموات، وخلودها يقتضي مواكبة العصر على نحو ما شهد به الشرع وأصله الفقهاء، لا كما تشتهيه الأهواء ويريده المبطلون.

وعلى هذا المنحى يجري الحكم على طائفة أخرى تقابل هذه، وهم الذين يجمدون على المسطور، ويحملون الناس عليه في فتاويهم وأقضيتهم، ويحسبون أنهم يحسنون صنعاً.

والحق في الوسط، فلا الشرع ينبذ، ولا الأعراف المعتبرة تلغى، فبذلك يستقيم الحكم، وتسلم القضايا من الجور والخطأ، ومن كان العدل غايته سلم من التبعات، وأوقع الحكم كما أراه الله، والله الهادي إلى سواء السبيل.

---

(١) انظر: البحر المحيط ١/١٦٦.

(٢) الموافقات ٢/٤٩١-٤٩٢.

المطلب الثاني

سد الذرائع

تعد قاعدة الذرائع أصلاً من أصول الشريعة التي تبنى عليها الأحكام، ويستنار بها في طريق الاجتهاد، ولها مزيد شأن على بقية القواعد؛ إذ إنها تحكم الأصول والفروع على حد سواء، ولا اختصاص لها بباب دون آخر من أبواب الفقه مثل بقية القواعد، بل تحكمها جميعاً إلا أنها أشد تعلقاً بالأصول منها بالفروع؛ ولذلك يكثر التعليل بها في مسائل التوحيد وأصول الدين، والمتتبع لمسائل الفروع يجد أيضاً أنه لا يكاد يخلو حكم فقهي عن التعليل بها أو بما هو مندرج في حكمها كالضرورة والاحتياط والأعراف والعوائد، ولذا يقول ابن قيم الجوزية - رحمه الله-: "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف؛ فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان: أحدهما مقصود لنفسه، والثاني وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان: أحدهما ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين" [(١)].

وهذا حُكم على ذرائع النهي التي يُطلب سدها ؛ لكونها تفضي إلى الممنوع، فيكون العمل بها أحد أرباع الدين، فإذا اعتبر معها ذرائع الأمر المطلوبُ فتحها صارت قاعدةً تحكم نصف الدين، فتأمله فإنه بيِّن.

---

(١) إعلام الموقعين ٣/١٥٩.

فمن هنا كان لهذه القاعدة شأن عظيم في التشريع والاجتهاد، وهو ما جعل الفقهاء والباحثين يولونها عناية خاصة، فألفوا فيها تصانيف عدة ما بين مختصر منها ومطول، وهي عند الجلة منهم أصل محكم في التشريع والاجتهاد [١].

وفي هذا السياق أحاول - بتوفيق من الله جل جلاله - بيان ما لهذه القاعدة من أحكام ومزايا في الاجتهاد القضائي، وكيف تكون حَكَماً في مسائل الخلاف والتعارض الذي يرد على القضاء، بعد التعريف بها وبيان حكمها وموقف الفقهاء منها إعمالاً ورداً.

---

(١) من مظاهر اعتناء الفقهاء والباحثين بهذا الأصل أنهم أدرجوه ضمن مباحث الأصول والقواعد الفقهية، فلا يكاد يخلو مؤلف فيهما من ذكر ه، وكتاب الإمام ابن تيمية (إقامة الدليل على إبطال نكاح التحليل) يمكن جعله مؤلفاً في الذرائع إذا اعتبرت الحيل قسماً من الذرائع ، و لم يعرف له إفراد بالتأليف غير هذا إلا في الآونة الأخيرة حيث ألفت فيه مجموعة من الأطروحات العلمية كان من أبرزها رسالة محمد هشام البرهاني التي نال بها درجة الماجستير، وهي (سد الذرائع في الشريعة الإسلامية)، ورسالة الهادي بن الحسين شبيلي في نفس الدرجة (سد الذرائع في الفروع الفقهية)، ورسالة (سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية) لإبراهيم المهنا، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الدكتوراه.

١- تعريف سد الذرائع:

الذَّريعة في لسان العرب: فعيلة بمعنى مفعول، مأخوذة من قولهم: تذرع فلان إلى الشيء بذريعة، أي توسل إليه بوسيلة [١].

ومدار هذه الكلمة على أصل واحد، وهو الامتداد والتحرك إلى الأمام، وإليه ترجع جميع الفروع، وعلى ذلك أطلقت على الوسيلة، والدريئة - وهي الناقة التي يستتر بها الصياد ليرمي من خلفها صيده -، وأطلقت أيضاً بمعنى السبب ؛ لأن جميع هذه المعاني فيها معنى التذرع والتحرك نحو الأمام [٢].

والذريعة في الاصطلاح: "ما كان وسيلة وطريقاً إلى شيء" [٣].

فهي تشترك مع الوسيلة في الدلالة على أمر يتوصل به إلى أمر آخر، إلا أن الوسيلة أدل على معنى الرغبة في الشيء وحب تحصيله [٤].

والذريعة في عرف الفقهاء: "أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع" [٥].

---

(١) انظر: الصحاح ٣/١٢١٠، تهذيب اللغة ٢/١٩٠، لسان العرب ٨/٩٦، القاموس المحيط ص: ٩٢٧.

(٢) انظر مع المراجع السابقة: مقاييس اللغة ٢/٣٥٠.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول ص: ٤٢٦، الفتاوى الكبرى ٣/٢٥٦.

(٤) انظر: قواعد الوسائل ص: ٣٦٥.

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٢/٥٧-٥٨.

وقال ابن العربي: "الذريعة: كل عمل ظاهر الجواز يتوصل بـه إلى محظور" [١].

وقال ابن تيمية: "الذريعة: الفعل الذي ظاهره أنه مباح، وهو وسيلة إلى فعل المحرم" [٢].

وقال الشاطبي: "الذريعة: هي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة" [٣].

وهذه التعريفات متقاربة، وكلها يرجع إلى معنى واحد، وهو: منع الفعل الجائز إذا كان مفضياً إلى محظور [٤].

٢- أدلة اعتبار سد الذرائع:

استفاضت الدلائل الكثيرة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة على اعتبار سد الذرائع أصلاً مكينا في الشرع تبنى عليه الكثير من الأحكام :

فمن دلائل الكتاب : قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُواْ وَلِلْكَـٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [٥].

ووجه الدلالة منها: ما حكاه عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- في سبب نزول الآية، قال: "كان المسلمون يقولون للنبي ﷺ راعنا على

---

(١) أحكام القرآن ٢/٣٣١.

(٢) الفتاوى الكبرى ٣/ ٢٥٦.

(٣) الموافقات ٥/١٨٣.

(٤) انظر: قواعد الوسائل ص: ٣٦٦.

(٥) سورة البقرة، آية: ١٠٤.

جهة الطلب والرغبة من المراعاة، أي التفت إلينا، وكان هذا بلسان اليهود سباً، أي اسمع لا سمعت، فاغتنموها وقالوا: كنا نسبه سراً فالآن نسبه جهراً، فكانوا يخاطبون بها النبي ﷺ ويضحكون فيما بينهم، فسمعها سعد بن معاذ، وكان يعرف لغتهم، فقال لليهود: عليكم لعنة الله لئن سمعتها من أحد منكم يقولها للنبي ﷺ لأضربن عنقه، فقالوا: أولستم تقولونها، فنزلت الآية، ونهوا عنها؛ لئلا تقتدي بها اليهود في اللفظ، وتقصد المعنى الفاسد فيه" [١].

فكلمة (راعنا) مع ما فيها - بحسب الظاهر - من حسن التلطف في التعبير نهي عنها المسلمون؛ لما كانت طريقاً لليهود لسب النبي صلى الله عليه وسلم، والتهكم به، وهو معنى سد الذرائع [٢].

وفي معنى هذه الآية: قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ [٣].

---

(١) الأثر بهذا النص ذكره القرطبي في (الجامع ٢/٧٥) ونسبه ابن حجر في (الفتح ٨/١٦٣) إلى أبي نعيم في (دلائل النبوة)، ولم أجده فيه بهذا اللفظ، بل بما هو قريب منه؛ إذ نسب فيه الحكم بقتل الساب لعموم المسلمين ولم يخصه بسعد بن معاذ، (الدلائل ١/٤٧)، وقد ضعفه في الفتح، لكن له شواهد كثيرة انظرها في: (تفسير الطبري ١/٤٦٨) (تفسير ابن كثير ١/١٤٩) (الدر المنثور ١/٥٣٨).

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/٧٥، تفسير السعدي ص: ٦١.

(٣) سورة الأنعام، آية: ١٠٨.

قال الشيخ السعدي -رحمه الله-: "نهى الله المؤمنين عن أمر كان جائزاً بل مشروعاً في الأصل وهو سب آلهة المشركين التي اتخذت أوثانا وآلهة مع الله لما كان سبها طريقاً إلى سب المشركين لرب العالمين الذي يجب تنزيه جنابه العظيم عن كل عيب وآفة، وفي هذه الآية الكريمة دليل للقاعدة الشرعية، وهي أن الوسائل تعتبر بالأمور التي توصل إليها، وأن وسائل المحرم ولو كانت جائزة تكون محرمة إذا كانت تفضي إلى الشر" (١).

وأما دليل السنة: فأحاديث كثيرة، منها:

قوله ﷺ: "إن الحلال بين، وإن الحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه" (٢).

ففي هذا الحديث إرشاد من النبي ﷺ إلى البعد عن ذرائع الحرام وإن كانت غير محرمة؛ فإنه يخاف من قربها الوقوع فيما هو محرم، فترك الشبهات من قبيل الاحتياط وسد الذرائع (٣).

ومنها: أن النبي ﷺ امتنع عن قتل المنافقين مع حصول موجِب القتل، وهو الكفر بعد الإيمان ، والسعي في إفساد حال المسلمين فساداً أعظم من

---

(١) تفسير السعدي ص ٢٦٨، وانظر: إعلام الموقعين ١٣٧/٣، تفسير ابن كثير ١٦٥/٢.

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص: (٢٩٤).

(٣) انظر: المفهم للقرطبي ٤٩٣/٤، سبل السلام ١٧٣/٤.

فساد سائر المخالفين في الدين، فقتلهم درء لمفسدة حياتهم، ولكن لما كان ذلك طريقاً ووسيلة إلى مآل أكثر مفسدة على الإسلام وأهله وهو التنفير عن الدين وتبغيض المسلمين منع منه، ووقع التنبيه على ذلك بقوله ﷺ "لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه" [١].

وأما فعل الصحابة رضي الله عنهم: فالواقع منه على هذا النمط كثير في فتاويهم وأقضيتهم، ومن أمثلة ذلك: اجتماعهم على توريث المطلقة المبتوتة في مرض الموت المخوف حيث يتهم بقصد حرمانها الميراث بلا تردد وإن لم يقصد الحرمان؛ لأن الطلاق ذريعة إلى حرمان الزوجة الميراث بقصد التوسعة على العصبة وأصحاب الفروض سوى الزوجة [٢].

ومثل اجتماعهم أيضاً على قتل الجماعة بالواحد وإن كان أصل القصاص يمنع ذلك؛ لئلا يكون عدم القصاص ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء [٣].

والمتتبع لاجتهادات الصحابة ﷺ في أمثال هذه الوقائع يحصل له من مجموعها القطع بأنهم كانوا يرون الذرائع أصلاً من أصول الشريعة سداً وفتحاً، وهو أصل مقطوع به على الجملة، فلا بد من اعتباره [٤].

---

(١) تقدم ص (٢٤٢)، وانظر: إعلام الموقعين ١٣٨/٣، الموافقات١٨٠/٥ ح: (٢).

(٢) انظر: الاستذكار ١١٣/٦، المغني ٢٦٨/٦، إعلام الموقعين ١٤٣/٣.

(٣) انظر: الاستذكار ١٥٧/٨، المغني ٢٣٠/٨ إعلام الموقعين ١٤٣/٣.

(٤) انظر: الموافقات ٥٢٨/٢.

٣- موقف الفقهاء من أدلة الذرائع:

لمعرفة موقف الفقهاء -رحمهم الله- من هذه الأدلة ومذاهبهم في العمل بقاعدة الذرائع لا بد من معرفة محل النزاع بينهم، فإطلاق القول بأنهم يردون سد الذرائع أو يقبلونه بإطلاق لا يستقيم ولا يوافق الواقع، ولتحرير محل النزاع أذكر ما نص عليه العلماء في هذا الصدد، وهو أن الذرائع ثلاثة أقسام [(١)]:

القسم الأول: ما يؤدي إلى المفسدة قطعاً كحفر البئر خلف باب الدار، أو في موقع اعتاد الناس الجلوس والمرح فيه، وكذا سب آلهة المشركين بين يدي من يُعلم من حاله أنه يَسب الله تعالى حينئذ، فلا خلاف بين العلماء في سد هذه الذريعة والمنع منها.

القسم الثاني: ما يؤدي إلى المفسدة لكن على وجه الندور والقلة بحيث تغلب فيه جهة المصلحة حتى تكاد تبلغ القطع، فلا خلاف بين العلماء أن مثل هذه الذرائع لا يمنع منها، بل هي باقية على أصل مشروعيتها لغلبة جهة المصلحة فيها، وذلك مثل زراعة العنب، فإنه لا يمنع منها خشية اتخاذه خمراً، ومثل الشركة في السكنى لا تمنع خشية الوقوع في الزنا.

---

(١) انظر هذا التفصيل والتقسيم في الفروق للقرافي ٦٢/٢، شرح تنقيح الفصول ص: ٤٢٦، إعلام الموقعين ١٣٦/٣، الموافقات ١٣١/٣، إرشاد الفحول ص: ٤١٣.

القسم الثالث: ما توسط بين هذين بحيث لا يقطع النظر بإلحاقه بأحد القسمين، بل يحتمل إفضاءه إلى مصلحة كما يحتمل إفضاءه إلى مفسدة، مثل كثير من مسائل البيوع التي ربما آلت إلى الربا، فهذا القسم موضع خلاف بين الفقهاء .

والخلاف في هذا القسم على وجهين:

الوجه الأول: اختلافهم في الاحتجاج بسد الذرائع والتعليل بها.

الوجه الثاني: اختلافهم في جعل سد الذرائع أصلاً من الأصول التي تسند إليها الأحكام، مثل الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها.

فأما الوجه الأول: فالخلاف في الاحتجاج بسد الذرائع والتعليل بها واقع بين أبي محمد بن حزم وجمهور أهل العلم رحمة الله على الجميع، وفيما يلي عرض هذا الخلاف :

١- موقف الجمهور من الاحتجاج بسد الذرائع:

الناظر في كتب الأئمة -رحمهم الله- على اختلاف مذاهبهم يجد أن التعليل بسد الذرائع لا يخلو منه مذهب، فهم متفقون اتفاقاً عملياً على التعليل بهذا الأصل، وإنما يختلفون في جعله أصلاً من الأصول التي يرجح بها ويحتكم إليها، ومن توهم أنه خاص بمذهب منها دون آخر فهو مخطئ، والذي يدلك لذلك أمور:

أحدها: شهادة المحققين من أهل العلم - رحمهم الله - بذلك، وهذه بعض أقوالهم:

قال الإمام الشافعي: "الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام" [(١)].

وقال القُرطبي [(٢)]: "سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً" [(٣)].

وقال القرافي: "ليس سد الذرائع خاصاً بمالك -رحمه الله- بل قال به أكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه" [(٤)].

---

(١) الأم ٤/٤٩. وهذا الكلام من الشافعي يدل على أنه كان يأخذ بأصل الذرائع، وهو الحجة لمن نسب القول بها إليه، إلا أن له كلاماً آخر يناقض هذا كقوله في الأم ٣/١٢٢: "ولا معنى في الذريعة، إنما المعنى في الاستدلال بالخبر اللازم أو القياس عليه أو المعقول"، وعلى هذا النص اعتمد الأكثرون في نسبتهم القول إليه بالمنع من الذرائع. ولابن السبكي كلام في التوفيق بين نقول الشافعي في كتابه: الأشباه والنظائر ١/١٢٠.

(٢) أحمد بن عمر بن إبراهيم بن عمر، أبو العباس الأنصاري القرطبي، فقيه محدث، من أعيان المالكية، قال عنه ابن فرحون: "كان من الأئمة المشهورين، والعلماء المعروفين، جامعاً لمعرفة علوم، منها: علم الحديث، والفقه، والعربية، وغير ذلك" من آثاره: (المفهم في شرح مسلم) و (كشف القناع عن الوجد والسماع) توفي سنة ٦٢٦هـ. ترجمته في: نفح الطيب ٢/٦١٥، الديباج المذهب ص: ٦٨.

(٣) نقله عنه الزركشي في البحر المحيط ٦/١٣.

(٤) الفروق ٢/٦٣.

وقال الشاطبي: "وباب سد الذرائع أصل متفق عليه في الجملة وإن اختلف العلماء في تفاصيله، وليس الخلاف في بعض الفروع مما يبطل دعوى الإجماع في الجملة" [١].

ويقول أيضاً: "قاعدة الذرائع متفق عليها في الجملة، وإنما الخلاف في أمر آخر" [٢].

الأمر الثاني: أن فقهاء الأمصار من أصحاب المذاهب المشهورة اتفقوا على مسائل كثيرة هي من باب سد الذرائع، وهذا مثل اتفاقهم على قتل الجماعة بالواحد[٣]، فبالنظر في تعليلاتهم لذلك يتضح جلياً اعتمادهم فيها على سد الذرائع [٤].

يقول ابن رُشد الحفيد [٥]: "وأما قتل الجماعة بالواحد فإن جمهور

---

(١) الموافقات ٣/٥٠٩.

(٢) الاعتصام ٣/٣١.

(٣) المبسوط ٢٦/١٢٧، الاستذكار ٨/١٥٧، المهذب ٢/١٧٤، المغني ٨/٢٣٠.

(٤) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص: ٣٢٠.

(٥) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، من أعيان الفقهاء، جمع في علومه بين الفقه والفلسفة والطب، وكتابه (بداية المجتهد) يشهد بنبوغه، نقل الذهبي عن ابن أبي أصيبعة قوله فيه: "كان ابن رشد أوحد في الفقه والخلاف، وبرع في الطب". من آثاره: (تهافت التهافت) و (الضروري في أصول الفقه) .توفي سنة ٥٦٥هـ. انظر: الديباج المذهب ص: ٢٨٥،سير أعلام النبلاء ٢١/٣٠٧.

فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد سواء كثرت الجماعة أو قلت، وعمدتهم: النظر إلى المصلحة، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (١)، وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة" (٢).

فمن هنا يظهر أن الأخذ بالذرائع ثابت في المذاهب الفقهية المشهورة وإن لم يصرح به في بعضها كأصل يرجع إليه، وحتى الذين منعوا منه لابد وأنهم اعتمدوا على أصل قريب منه، مثل النظر في المآل، فإن قاعدة الذرائع مفرعة عنه كما قرره الإمام الشاطبي (٣).

٢- موقف الإمام ابن حزم من الأخذ بقاعدة الذرائع:

وافق ابن حزم -رحمه الله- الجمهور على المنع من الذرائع إذا كان أداؤها إلى المحظور مستيقناً كما أشار إلى ذلك في مواضع من كتابه (الإحكام) (٤).

---

(١) سورة البقرة، آية: ١٧٩.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٩٩.

(٣) ومن هذا الوجه حكى الشاطبي الاتفاق على الأخذ بالذرائع. انظر كتابه: الموافقات ٥/١٨٢- ١٨، أصول الفقه لأبي زهرة ص: ٢٩٤، قواعد الوسائل للدكتور: مصطفى مخدوم ص: ٢٤٦.

(٤) انظر: الإحكام في أصول الأحكام ٦/١٨٩، ٩/٢٩.

وأما ما عدا هذه الصورة فقد رد الأخذ فيها بالذرائع، واشتد نكيره على من خالفه من الجمهور حتى عد مذهبهم فيها من تحريم الحلال، والحكم بالهوى والظن الكاذب، وعقد لتفنيد هذا الأصل الباب الرابع والثلاثين من كتابه (الإحكام) (١) .

وقد استند ابن حزم في رده للذرائع أصلاً واحتجاجاً إلى جملة من الأدلة منها:

١- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَٰذَا حَلَالٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ ﴾ (٢) .

٢- قوله سبحانه: ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُم مَّا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ آللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ ۖ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ (٣) .

قال - رحمه الله - مبيناً وجه الدلالة من الآيتين: "فصح بهاتين الآيتين أن كل من حلل أو حرم ما لم يأت بإذن من الله تعالى في تحريمه أو تحليله فقد افترى على الله كذباً، ونحن على يقين من أن الله تعالى قد أحل لنا كل ما خلق في الأرض إلا ما فصل لنا تحريمه بالنص، فبطل بهذا أن يحرم أحد شيئاً باحتياط أو خوف تذرع" (٤).

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١٧٩/٦.

(٢) سورة النحل، آية: ١١٦.

(٣) سورة يونس، آية: ٥٩.

(٤) الإحكام في أصول الأحكام ١٨٨/٦.

ولكن مما يضعف هذا الاستدلال: أن الآيتين نزلتا في كفار قريش لما حرموا وحللوا من تلقاء أنفسهم، ثم نسبوا ذلك لله سبحانه [١]، فالاستدلال بهما على رد هذا الأصل غير منتهض في الاعتبار، فإن قيل: إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فالجواب: أن الاستدلال بالعموم في غير المقصود ضعيف كما يقرره الفقهاء [٢].

وأما الحكم بالظن فالعمل به غير بدع في الشرع، بل هو أصل يرجع إليه في كثير من أحكامه، ومتى خلص طريقاً إلى معرفة الحكم الشرعي تعين الأخذ به؛ لأن كذب الظنون نادر، وصدقها غالب، فلو ترك العمل بها خوفاً من وقوع نادر كذبها لتعطلت مصالح كثيرة غالبة خوفاً من وقوع مفاسد قليلة نادرة، وذلك على خلاف حكمة الله في شريعته، وإنما ذم الله العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العلم أو الاعتقاد الجازم كمعرفة الإله ومعرفة صفاته، أما ما عدا ذلك فمعظم الأحكام ومصالح الخلق مبنية على الظنون المضبوطة بضوابط الشرع، والقاعدة في هذا: أن "كل أمر لا يكون بناؤه على اليقين فالظن فيه غير مجتنب" [٣].

---

(١) انظر: جامع البيان عن آي القرآن للطبري ١٢٧/١١، ١٨٨/١٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٥٤/٨، ١٩٦/١٠.

(٢) انظر: بداية المجتهد ١٥٥/١.

(٣) انظر: قواعد الأحكام ٥٠/٢، ٥٢، والقاعدة نص عليها الفخر الرازي في تفسيره مفاتيح الغيب ١١٥/٢٨.

الوجه الثاني من خلاف العلماء في الذرائع: اختلافهم في جعل (سد الذرائع) أصلاً من الأصول التي تسند إليها الأحكام، وهذا خلاف بين الجمهور أنفسهم، وقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن (سد الذرائع) أصل من أصول الشريعة يجري على سنن بقية الأصول الأخرى، بحيث يرجح به عند التعارض، ويراعى في الفتوى والقضاء ومسائل الاجتهاد، فمتى غلب على الظن إفضاء الحكم أو التصرف إلى مفسدة مساوية أو راجحة منع منه؛ بناء على هذا الأصل، وهذا مذهب المالكية والحنابلة [١].

وقد راعاه مالك - رحمه الله - في أكثر أبواب الفقه حتى قال عنه الشاطبي: "إنه كان شديد المبالغة في سد الذرائع" [٢].

القول الثاني: عدم اعتبار (سد الذرائع) أصلاً من أصول الشريعة، بحيث لا يحتكم إليه في الوقائع والنوازل، ولا يرجح به عند التعارض بين الأدلة، بل الأشياء على أصلها من الإباحة حتى يثبت في خصوصها دليل خاص فيحتكم إليه، وهو مذهب الشافعية [٣]، وظاهر قول الحنفية [٤].

---

(١) انظر: إحكام الفصول ص ٦٨٩، الفروق ٦٢/٢، أحكام القرآن ٣٣١/٢، إعلام الموقعين ١٣٥/٣، شرح مختصر الروضة ٢١٤/٣، المدخل لابن بدران ص ٢٩٦.

(٢) الاعتصام ٢١١/٢، وانظر له أيضاً: الموافقات ١٨٢/٥.

(٣) الأم ١٢٢/٣، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٢٠/١، إعلام الموقعين ١٣٤/٣.

(٤) فقهاء الحنفية لم ينصوا في كتبهم على الأخذ بالذرائع أصلا فقهيا يعتمد بإزاء =

سبب الخلاف وتحديد الرأي المختار:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في اعتبار المآلات والمقاصد المظنونة التي لا تبلغ القطع، فمن لم يعتبرها لم يعتبر الذرائع ، وأيد ذلك بأن الأصل في الأشياء الإباحة والحل حتى يثبت دليل يخرجها عن هذا الأصل كما هو ظاهر كلام الإمام الشافعي في كتابه (الأم) حيث قال في سياق رده للذرائع: "فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم استدلالاً على أن ما أظهروا يحتمل غير ما أظهروا بدلالة منهم أو غير دلالة لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة" (١).

ومن نظر إلى العوارض والمآلات، وأجرى الظنون مجرى العلم حكم بالذرائع، وأجراها على سَنن الأصول والقواعد العامة، وهو مذهب مالك وأحمد -رحمهما الله-، فالنظر الأول جار على اعتبار الأصل،

= بقية أصول المذهب الأخرى، وإنما وقعت لهم إشارات إليها في مقام الاستئناس بها لترجيح قول أو حكم، كقول الكاساني:"الأصل في الأمان أن لا يجوز إلا إذا كان بالمسلمين ضعف، فيجوز ويكون قتالاً معنى؛ إذ الوسيلة إلى الشيء حكمها حكم ذلك الشيء". بدائع الصنائع ١٠٦/٧

وقد نسب الشاطبي في (الموافقات ٦٨/٤) القول بالذرائع إلى أبي حنيفة، وهو محمول على الاستدلال بها استئناساً لا أصلاً معتمداً في المذهب. انظر: أصول الفقه لأبي زهرة ص: ٢٩٤.

(١) الأم ٢٩٧/٧.

والنظر الثاني نظر في العوارض، والمسألة محتملة كما ترى [١].

والذي يقتضيه النظر: أنه إذا أدى الاحتراز من العارض المظنون إلى الحرج والعنت لم يلتفت إليه، وبقيت المسألة على أصلها من الحل والإباحة، وأما إذا لم يؤد إليه، وشهد له شاهد بالاعتبار فالأولى المنع منه؛ لأمور أجملها فيما يلي:

١- النصوص المستفيضة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة على الأخذ بالذرائع في كثير من القضايا والمسائل مما يتحصل من مجموعه القطع باعتبار سد الذرائع أصلاً صحيحاً [٢].

٢- الاستقراء التام لأحكام الشريعة التي بنيت على هذا الأصل مما يصحح القول بصحة الذرائع في عموم الشريعة على الإطلاق، وعلى هذا الأصل استند السلف الصالح ﷺ في تمسكهم بسد الذرائع [٣].

٣- "ما دل في بعض مسائل الذرائع على أن الذرائع في الحكم بمنزلة المتذرع إليه، ومنه: ما ثبت في الصحيح من قول النبي ﷺ: "من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه، قالوا: يا رسول الله، وهل يسب الرجل

---

(١) انظر الإشارة إلى هذا السبب في إعلام الموقعين ١٣٤/٣، الموافقات ٥٢٨/٣.

(٢) أفاض ابن القيم في كتابه (إعلام الموقعين ١٣٥/٣) في ذكر أدلة المنع من الذرائع حتى أوصلها إلى تسعة وتسعين وجهاً، وانظر طرفاً منها في: الاعتصام ٣١/٣، الموافقات ٥٩/٤-٦٧، سد الذرائع للبرهاني ص: ٣٣٩ وما بعدها.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ١٣٥/٣، الموافقات ٦٧/٤.

والديه؟ قال نعم، يسب أبا الرجل فيسب أباه وأمه " [١].

فجعل سب الرجل لوالدي غيره بمنزلة سبه لوالديه نفسه حتى ترجمه عنها بقوله: "أن يسب الرجل والديه" ولم يقل أن يسب الرجل والدي من يسب والديه أو نحو ذلك، وهو غاية معنى ما نحن فيه، وهذا له نظائر في الشرع، وإذا ثبت هذا المعنى في بعض الذرائع ثبت في الجميع؛ إذ لا فرق فيما لم يدع مما لم ينص عليه إلا ألزم الخصم مثله في المنصوص عليه، فلا عبادة أو مباحاً يتصور فيه أن يكون ذريعة إلى غير جائز إلا وهو غير عبادة ولا مباح" [٢].

٤- الحكم التكليفي لسد الذرائع:

الذرائع في الأصل موضوعة للتوسل بها إلى المقاصد المطلوب تحصيلها أو اجتنابها، "فهي ليست مقصودة لذاتها، وإنما هي تبع للمقاصد، بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل، وبحيث لو توصل إلى المقاصد دونها لم يتوسل بها، وبحيث لو فرضنا عدم المقاصد جملة لم يكن للوسائل اعتبار، بل كانت تكون كالعبث" [٣].

فإذا وضحت هذه المقدمة فالذرائع المطلوب سدها واجتنابها تتبع في

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص : مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها (٩٢/١ح ٩٠).

(٢) الاعتصام ٣٤/٣-٣٥.

(٣) الموافقات ٣٥٣/٢.

الحكم مقاصدها، بحيث ترد عليها الأحكام التكليفية الخمسة، فتارة تكون واجبة أو مندوبة، وتارة تكون محرمة أو مكروهة، وتارة تكون مباحة يستوي فيها الفعل والترك، وهذا هو المراد من القاعدة الفقهية الموضوعة في هذا الصدد، وهي أن "الوسائل لها أحكام المقاصد" (١).

يقول شهاب الدين القرافي -رحمه الله-: "واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، ويكره ويندب ويباح؛ فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد: وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل: وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسط" (٢).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يحكم على ذريعة ما بمجرد النظر إلى مقصدها وما تفضي إليه، بل لا بد أيضاً من إمعان النظر والتحقق من

---

(١) وهذه القاعدة أغلبية، وإذا حقق النظر في مستثنياتها وجد أنها راجعة إلى مقصود آخر آكد في تحصيل المصلحة، بمعنى أن المصلحة في جانبه أرجح. انظر: قواعد الأحكام ٤٦/١، الفروق ٦٣/٢، إعلام الموقعين ٣١٥/٣، قواعد الوسائل ص: ٢٣٦.

(٢) الفروق ٦٣/٢-٦٤، شرح تنقيح الفصول ص: ٤٢٦.

إفضائها إلى المحذور أو المطلوب، فإذا كان الإفضاء قريباً إلى المحذور مثلاً فهو حرام، وذلك كالخلوة بالأجنبية، والسفر بها، ورؤية محاسنها، وإن كان الإفضاء بعيدا جدا لم يحرم، بل يبقى على أصله من الإباحة، كخلوة ذي رحم المحرم بها، وسفره معها، وكنظر الخاطب الذي مقصوده الإفضاء إلى المصلحة الراجحة، فإن قرب الإفضاء قرباً ما فهو الورع، وهو في المراتب على قدر قرب الإفضاء وبعده، وكلما قرب الإفضاء كان أولى بالكراهة والورع حتى ينتهي إلى درجة التحريم، وبحسب عظم المفسدة في الممنوع يكون اتساع المنع في الذريعه وشدته [1].

وإنما يميز بين هذه الأحكام من له دراية بمقاصد الشريعة، وكانت له حنكة في تقدير رتب المصالح والمفاسد، يعرف فاضل المصالح من مفضولها ومقدمها من مؤخرها، ويدرأ أعظم المفاسد بأخفها عند التزاحم، فهذا هو الخليق بالصواب في هذا الباب، وكثير من الناس يمنع من الحكم أو يجيزه بناء على أصل الذرائع، ثم إذا تأملت المسألة وجدها لا تقرب من الذرائع ولا هي مما يعطى حكم الذرائع، ويكون سبب هذا الإشكال الخطأ في تقدير المصالح والمفاسد، أو عدم العلم بما عساه أن يكون مانعاً من حدوث تلك المصالح أو المفاسد، وهذا ناتج عن قصور في النظر والاجتهاد، والموفق من عصمه الله من هذا، وهداه لتنزيل الحكم المناسب على المناط المناسب.

---

(١) انظر: بدائع الفوائد ٦٩٨/٣، الاعتصام ١٠٤/١.

أثر الذرائع في الأحكام القضائية:

يعد الحكم بالذرائع أصلاً عظيماً من أصول القضاء، ينبني عليه من الأحكام والمسائل ما لا يدخل تحت حصر، بل عند التأمل نجد أن القضاء نفسه شرع حفظاً للضروريات الخمس، وسداً لما عساه أن يكون ذريعة إلى إتلافها أو التهوين من شأنها كما في الحدود؛ فإنها شرعت لحفظ الأمور الضرورية وما يكملها ويحسنها، وكذلك الشأن في بقية الأحكام القضائية الأخرى لا تخرج في جملتها عن مراعاة هذا المعنى.

ويرجع سبب هذا الاتصال الوثيق بين الذرائع والقضاء إلى أن القضاء موضوع شرعاً بقصد تحقيق العدل بين الناس على أتم وجه وأحسنه، والعدل لا يتم من دون النظر في مآلات التصرفات وأحكامها؛ إذ قد يكون الفعل أو الحكم مشروعاً بالأصالة لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ لكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، فلا يمكن والحال هذه تطبيقه، بل يعمل فيه نظر آخر من شأنه أن يحقق قصد الشارع من شرعه، وهذا هو المبدأ المعروف بالنظر في مآلات الأفعال، وقد تقدم الحديث عنه، وغير خاف أن الذرائع مبنية على اعتبار المآل كما سلفت الإشارة لذلك.

إذا علم هذا فإن القانون الذي ينبغي أن يسلكه القاضي في نظره في الذرائع التي بنيت عليها مسائل الاجتهاد هو تدقيق النظر في مآلاتها كما سلف، فمتى تحقق أو غلب على ظنه ثبوت إفضاء حكم ما إلى مصلحة راجحة أثبته وحكم به ولو كان خلاف مذهبه، ومتى غلب على ظنه

إفضاؤه إلى مفسدة غالبة لم يكن له أن يحكم به ولو وافق مذهبه، بل يطلب حكماً آخر يكون أوفق لمقصود الشرع، وأنفع للقضاء وفصل الخصومة.

وبالنظر في أحكام القضاء ومسائله يتبين أن الذرائع لها تعلق بالقضاء من ثلاثة جوانب:

الجانب الأول: جانب القضاء نفسه من حيث كونه ولاية وضعت لفصل الخصومات وإيتاء كل ذي حق حقه، ويظهر وجه كونه من باب سد الذرائع: أن الشرع الحكيم أوجب حفظ الضروريات الخمس التي هي الدين والعقل والنفس والنسل والمال [1]، ولا يتم حفظ هذه الأشياء إلا بحفظ أسبابها وذرائعها من جانبي الوجود والعدم، فشرع الله لذلك الأسباب التي من شأنها أن تحافظ عليها، وحرم كل طريق يؤدي إلى إتلافها، ثم وضع القضاء لحفظ هذه الأسباب والمنع من تلك الطرق، فإن الناس إذا علموا أن ثمة سلطاناً يأخذ على أيدي الظلمة انكفوا عن الفجور والإجرام والظلم وكل ما عساه أن يؤدي إلى ضياع تلك الحقوق.

ومثال ما يتضح به هذا: أن حفظ النفس لما كان من مقاصد الشرع حرم الله سبحانه كل طريق يفضي إلى إتلافها مثل السكر وحمل السلاح والخروج على ولاة الأمر ونحو ذلك، فهذا حفظ لها من جانب العدم.

وأما حفظها من جانب الوجود: فيظهر في شرعية القضاء ؛ فإنه

(١) انظر الكلام عن الضرورات الخمس في الموافقات ١/ ٣٠ وما بعدها، ومقاصد الشريعة للدكتور: محمد اليوبي ١٨١- ٣٠٣.

بسلطانه يمنع الظلم أن يقع، ويرفعه إذا وقع بالعدل والميزان من غير حيف ولا عدوان، فلولا القضاء لتجرأ الظلمة على الناس، ولولا العدل لعظم الثأر والظلم حتى تؤخذ الجماعة ظلماً بواحد، فظهر بهذا وجه كون القضاء من باب سد الذرائع.

الجانب الثاني: الحجج التي يعتمدها القضاء: وهي البينات بجميع أنواعها، ويظهر وجه كونها مبنية على مراعاة الذرائع: أن الشرع الحكيم شرعها وسائل لحفظ الحقوق، ووضع لها ميزاناً يمنعها أن تكون طريقاً إلى جور القضاة في الحكم وبخس الناس حقوقهم، ولم يقبل منها إلا التي كمل شرطها وخلت عن التهم القادحة، حتى إذا عظم الحق شدد في شأنها وردها بأدنى شبهة، ولولا هذا لادعى ناس دماء قوم وأموالهم.

وتأمل كيف أن الشرع الحكيم منع القاضي أن يحكم بعلمه - مع أنه أبعد عن الخطأ من البينة وحكمه مقطوع به في خاصة نفسه - ؛ لئلا يكون ذلك ذريعة إلى حكمه بالباطل ثم يقول: حكمت بعلمي، وحتى لو حكم بالحق والعدل فهو معرض لأن يتهم بالحكم لمصلحة أحد الخصمين، والتهمة مؤثرة في الأحكام، فصون منصب القضاء عنها أولى، وهذا غاية في العدل والسياسة وحسن التدبير [(١)].

يقول ابن القيم-رحمه الله-: "وكان من تمام حكمته ورحمته سبحانه

---

(١) انظر إعلام الموقعين ١٤٤/٣، وسيأتي بحث هذه المسألة مفصلاً بحول الله في موضعه، انظر: ص: (٧١٠) .

أنه لم يأخذ الجناة بغير حجة كما لم يعذبهم في الآخرة إلا بعد إقامة الحجة عليهم، وجعل الحجة التي يأخذهم بها إما منهم وهي الإقرار، أو ما يقوم مقامه من إقرار الحال، وهو أبلغ وأصدق من إقرار اللسان...وإما أن تكون الحجة من خارج عنهم، وهي البينة، واشترط فيها العدالة وعدم التهمة، فلا أحسن في العقول والفطر من ذلك، ولو طلب منها الاقتراح لم تقترح أحسن من ذلك ولا أوفق منه للمصلحة" [١].

الجانب الثالث: جانب الأحكام: وقد روعيت الذرائع فيه أكثر من غيره؛ لأن القضاء شديد التعلق بحقوق الآدميين، وهي مبنية على التشاح والمنازعة، فالخطأ فيها يورث مفاسد عظيمة وعواقب وخيمة، ومن ثم كان لزاماً على القاضي أن يعتبر الذرائع، وينظر في مآلات الأحكام؛ حتى لا يجور في حكمه، أو يجانب الصواب من حيث يظن أنه مصيب .

ولاعتبار الذرائع في هذا الجانب أمثلة كثيرة، منها ما يتعلق بالقاضي نفسه، ومنها ما يتعلق بأحكامه التي يصدرها.

فمن ذلك: أن الشرع الحكيم أوجب على القاضي أن يكون عدلاً، وما ذاك إلا لأن العدالة من شأنها أن تكون وازعاً عن التقصير في جلب مصالح الناس ، فهي ذريعة إلى تحقيق هذا المقصد العظيم، كما أن انتفاءها ذريعة إلى الحكم بالجور الذي هو مضاد لمقصود القضاء [٢].

---

(١) إعلام الموقعين ٢/١١٩.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/٧.

ومن تمام العدالة: أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية وأدلتها وطـرق استنباطها؛ فإنه متى عري عن العلم بها وقع في الخطأ أو الجور لا محالـة؛ لأن هذه الأشياء هي التي تعرفه الظالم من المظلوم، والمحق من المبطل، وهي التي تعرفه بما يعد شبهة مما لا يعد شبهة، فالجهل بها ذريعـة إلى الظلـم والخطأ، ولذلك كان من شرط القاضي أن يكون من أهل الاجتهاد.

ومن ذلك: أن القاضي ممنوع من قبول الهدية ممـن لم تجـر عادتـه بمهاداته؛ وما ذاك إلا لأن قبول الهدية منه ذريعة إلى قضاء حاجته، وحـب الشيء يعمى ويصم، فتقوم عنده شهوة لقضاء حاجته مكافأة له مقرونـة بشره وطمع، وهذا أصل انخرام النظام، وقد دخل بذلك من الفساد مـالا يحصيه إلا الله سبحانه [1].

ومن ذلك: أن القاضي منهي عن رفع احد الخصمين على الآخـر، وعن الإقبال عليه دونه، وعن مشاورته والقيام له دون خصمه [2]؛ لـئلا

(١) انظر: روضة القضاة للسمناني ١/١٦٢، تبصرة الحكام ١/٢٦، أدب القضاء للماوردي ٢/٢٦٤، إعلام الموقعين ٣/١٤٢، بدائع الفوائد ٣/٦٤٦.

(٢) أخرج أبوا يعلى في مسنده ١٠/٢٦٤، عن أم سلمة رضي الله عنها مرفوعاً: "إذا ابتلي أحدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقض وهو غضبان، فليُسو بينهم بالنظر والمجلس والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين" و في سنده مقال . انظر: التلخيص الحبير ٤/١٩٣.

وثبت عن عمر ﷺ أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: " أما بعد: فإن القضاء =

يكون ذريعة إلى انكسار قلب الخصم الآخر وضعفه عن القيام بحجته وثقل لسانه بها [١].

ومن ذلك: أن الصحابة - رضي الله عنهم - اتفقوا على قتل الجماعة بالواحد وإن كان أصل القصاص يمنع ذلك؛ لئلا يكون عدم القصاص ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء وإزهاق الأرواح [٢].

ومن ذلك: أن الشريعة ألزمت بتأخير الحد لعارض؛ حتى لا تؤدي إقامته إلى الحيف والإسراف في المقاصة، كما يؤخر عن الحامل والمرضع، وعن وقت الحر والبرد والمرض [٣].

ومن ذلك: أن الفقهاء -رحمهم الله- نصوا على أن "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"، وهي قاعدة عظيمة في الشرع روعي فيها

= فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييئس ضعيف من عدلك". أخرج الرسالة وكيع في أخبار القضاة ص: ٥٤، والدارقطني في السنن ٢٠٦/٤، والبيهقي في السنن ١٥٠/١٠، وصححها الألباني في إرواء الغليل ٢٢٦/٨.

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ١٤٤.

(٢) مرت المسألة قريباً. وانظر: إعلام الموقعين ١٤٢/٣.

(٣) انظر في ذلك: المغني ٤٧/٩-٤٨، قواعد الأحكام ١٧٦/٢، إعلام الموقعين عن رب العالمين ٧/٣، ١٥٤.

سد الذرائع المفضية إلى الشر والفساد، والشريعة مبنية على الجزاء بالمثل والمعاملة بنقيض القصد الفاسد [١].

فهذا شيء يسير من الأحكام القضائية التي روعي فيها سد الذرائع، وهي كفيلة بتنبيه القاضي إلى أهمية هذا الأصل في القضاء، وأنه لا محيد له عن اعتباره إن أراد سلامة العاقبة وإيقاع الحكم على الوجه الذي يلائم مقصود الشارع ويحقق مصلحة الناس.

وبإمعان النظر في هذه المثل يتضح جلياً أن الإقدام على الحكم بالذرائع لا يسلم إلا حيث يغلب جرها إلى المفاسد، وهذا هو شرط الحكم بها، وكثير من الناس يحكم على فعل ما بأنه محرم بحجة التمسك بالذرائع، ثم إذا حقق النظر فيه وجد أنه لا يفضي إلى مفسدة إلا على وجه التوهم، وهذا منزلق ربما يغتفر لغير القضاة، أما هم فجدير بهم التحري عن قصد الشارع، وإيقاع الحكم بالعدل التام الذي أمروا به حتى لا يضيعوا حقوق الناس.

وجدير بالذكر أن كثيراً من مسائل الخلاف كان مثار الخلاف فيها هو العمل بالذرائع، وغير خاف أن تلك الذرائع ربما أمكن التحرز من مآلها في ظرف أو زمن بغير ذلك الحكم، فلا يبقى للعمل به حينئذ معنى،

---

(١) سيأتي بحث هذه القاعدة مفصلاً بحول الله في قسم القواعد ص: (٨٠٣)، وانظرها في المنثور ٣/٢٠٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٥٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٩٠.

كما أنه قد يلفى من الأحكام الظنية ما قام الدليل على رجحانه في النظر، لكن لو حكم به القاضي لأفضى إلى مفسدة راجحة أو غالبة، فيمنع من مثل هذا الحكم ما دام للاجتهاد فيه مساغ، وقال به ثلة من الأئمة.

وبالجملة: فإن على القاضي أن يكون ملماً بهذا الباب، وله خبرة بزواياه، حتى يميز بين ما هو من جنس الذرائع وما ليس من جنسها، ويعلم متى تسد الذريعة، ومتى تفتح، ومتى يلزم الحكم بها ومتى لا يلزم، وأحسب أن القضاة هم أكثر من يبتلى بالنظر في الذرائع وتقدير المآلات، والمصيب من وفقه الله.

المطلب الثالث
رفـــع الحـــرج

الناظر في شرائع الإسلام على تنوعها يجدها مبنية على كلية عامة وقاعدة مطردة، وهي رفع الحرج عن المكلفين، هذه القاعدة تسري في كليات الشريعة وجزئياتها في أصولها وفروعها بحيث لا يشذ عنها شيء من الأحكام، وذلك من مقتضيات كون الملة من عند الله الحكيم العليم، الحكيم في تشريعه، فلا يشرع إلا ما فيه الخير والمصلحة للناس، العليم بشرائعه، يعلم ما يكون منها شاقاً فيدفع، وما يكون يسراً فيحكم ويشرع، وتلك ميزة الإسلام التي كان بها كماله وقوامه، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1]، ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[2].

إلا أن تحديد ما هو يسر وما هو حرج موكول إلى الشرع نفسه لا إلى عقول الناس وأهوائهم، فكل ما عده الشرع يسراً أو مشقة فهو كذلك في حقيقة أمره وإن زعم زاعم أنه بخلاف ذلك، وهذا من تيسير الله أيضاً؛ فإنه لو وكل تحديده إلى الناس لوقعوا في تهارج وتضارب، ولما استقر حكم بحال؛ إذ لكل أحد أن يعارض غيره فيما يدعيه يسراً أو مشقة أنه بخلاف ذلك.

---

(١) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٢٠.

ومع أن الشرع الحكيم قد تولى بيان هذا الأمر غاية البيان إلا أن من الناس من توسع في معنى الحرج، خاصة في مسائل الاجتهاد وموارد النزاع، فأبطل بذلك وحرف الكثير من الأحكام بحجة التيسير ورفع الحرج، ثم عند التحقيق يلفى أن الحرج المزعوم غير معتبر في نظر الشرع، بل هو إما من قبيل المشقة النادرة التي لا يعارض بها الأصول الكلية، أو من قبيل المشقة الغالبة، لكنها أجيزت لمصلحة أكبر منها.

وقد كان القضاء الشرعي عرضة لهذه الحجة المزخرفة، فترى كثيراً من أحكامه قد حرفت وهدمت بهذا المعول، بل حتى الذين لا يحكمون بالشرع أصلاً يتمسكون بمثل هذه الدعوى في جعل قوانينهم منبثقة من الشرع، بل هي عند بعضهم لب الشريعة وروحها !.

وفي هذا السياق أحاول -بتوفيق الله- بيان الحرج المرفوع في الأحكام القضائية، وضبطه بالميزان الشرعي الصحيح، وذلك من خلال المسائل التالية:

١- تعريف الحرج:

الحرَج في اللغة: الضيق والمأثم، يقال: حرج الرجل بمعنى: أثم، وأحرجه، أي: ألزمه وضيق عليه، وصدر حرَج، أي: ضيق، ويقال: تحرج فلان أي: فعل فعلاً جانب به الحرج، ومكان حرج، أي: ضيق كثير الشجر، وحرج الغبار فهو حرج، أي: ثار في موضع ضيق.

ويطلق الحرج في اللغة على معان أخر لا تخرج في دلالتها عن معنى

الضيق وما يلزمه من المعاني المجازية كالإثم والحرام ونحو ذلك [١].

والحرج في الاصطلاح: عرف بأنه: "كل ما أدى إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال حالاً أو مآلاً" [٢].

والمشقة الزائدة: هي المشقة الخارجة عن العادة، "وهي التي تؤدي المداومة عليها إلى ترك العمل بالكلية أو التخلي عن بعضه، أو يترتب على ذلك وقوع خلل في صاحبه في نفسه أو ماله أو حال من أحواله، فهذه مشقة غير معتادة، وهي التي وردت النصوص بوضعها عن الشرع جملة وتفصيلاً" [٣].

وخرج بذلك المشقة المحتملة الخفيفة، وكذلك المشقة المستحقة بحكم الشرع كالمشقة في إقامة الحدود على الجناة، والحكم عليهم بالغرم أو الحبس ونحو ذلك، فهذه ليست من الحرج المرفوع؛ إذ لو رفعت لأدى ذلك إلى انخرام في النظام والعدل والتكاليف [٤].

والمشقة في البدن مثل المشقة الناتجة عن صومِ المريض وتركِ أكل الميتة للمضطر ومواصلةِ الصوم، وما أشبه ذلك من الأمراض والآلام الحسية، وهذا هو الذي يدعى بالحرج المادي.

---

(١) انظر: تهذيب اللغة ٨٤/٤، مقاييس اللغة ٥٠/٢، لسان العرب ٢٣٣/٢.

(٢) رفع الحرج لابن حميد ص: ٥٥ .

(٣) انظر: الموافقات ٢١٤/٢.

(٤) المرجع السابق ٢١٤/٢.

وأما الحرج النفسي أو المعنوي: فهو ما كان تأثيره واقعاً على النفس كمن يرتكب خطأً فيتألم بذكراه، أو يكون في حالة توقعه في الضيق، وتلبس عليه أمره كالشك المورث للحيرة، والغضب المورث لضيق الصدور، ونحو ذلك [١].

والمشقة في المال: ما يعرضه للتلف والزوال والغبن فيه غبناً فاحشاً، فذلك كله من الحرج الموضوع تفضلاً من الله سبحانه على هذه الأمة [٢].

والمقصود بالحال والمآل: أي أن المشقة الخارجة عن المعتاد مرفوعة في الشرع سواء كان الحرج الناتج عنها حالياً بمعنى مقارناً للفعل أو كان وقوعه بالنظر في المآل بسبب المداومة عليه، "فالحرج كما ينطلق على الحرج الحالي كالشروع في عبادة شاقة في نفسها كذلك ينطلق على الحرج المآلي؛ إذ كان الحرج لازماً مع الدوام" [٣].

وعلى هذا يمكن تعريف رفع الحرج بأنه: "التيسير على المكلف بالمنع من وقوعه في المشقة الضارة قبل حصولها، وإزالتها عنه بعد وقوعها بإسقاط أو تخفيف" [٤].

والرفع المذكور كما يكون في حقوق الله سبحانه كذلك يكون في

---

(١) انظر: رفع الحرج للباحسين ص: ٤٩.

(٢) انظر: رفع الحرج لابن حميد ص: ٥٦.

(٣) الاعتصام ٢/٣٠٦.

(٤) انظر قريباً من هذا التعريف في: رفع الحرج للباحسين ص: ٤٨.

حقوق الآدميين، إلا أنه يتوسع فيه في حق الله أكثر من غيره؛ لأن "حقوق الله مبنية على المسامحة"، وأما حقوق العباد: فالمشقة تبيح منها قدر الحاجة إذا ترتب على تركها فوات نفس أو ذهاب منفعة ضرورية مع ضمان ما تجري فيه المشاحة من ذلك كما سبق بيانه في مبحث الضرورة.

٢- أدلة رفع الحرج:

تواترت نصوص الكتاب والسنة على أن الدين يسر، وأن الحـــرج مرفوع عن تكاليفه جملة وتفصيلاً.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ (١).

وقوله سبحانه : ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا﴾ (٢).

وقال جل شأنه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ (٣).

ومن السنة: قوله ﷺ : "إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا، واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدُّلجة"(٤).

وسئل ﷺ عن أحب الأديان إلى الله فقال: "الحنيفية السمحة" (٥).

---

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٥.

(٢) سورة النساء، آية: ٢٨.

(٣) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٤) صحيح البخاري: كتاب الإيمان، باب الدين يسر (١/٢٣ح ٣٩) .

(٥) المسند ١/٢٣٦، الأدب المفرد ص ١٠٨، المعجم الكبير ١١/٢٢٧، مصنف عبد الرزاق ١١/٢٩٢، وهو حسن بشواهده . انظر: فتح الباري ١/٩٤.

وقال - عليه الصلاة والسلام -: "إن الله تعالى رضي لهذه الأمة اليسر، وكره لها العسر"، قالها ثلاثاً [١].

ومن مجموع هذه الأدلة وغيرها يستفاد أن الإسلام شريعة موضوعة على اليسر والسماحة، وأنه لا حظ فيها للحرج البتة، وهو أصل مقطوع به، ومما هو معلوم من دين الإسلام ضرورة؛ ولا أدل على قطعيته من وفرة الرخص الكثيرة في مسائل لا تحصى كرُخَص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات في الاضطرار وغير ذلك؛ فإن هذا النمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج ، وكذلك ما جاء من النهى عن التعمق والتكلف والتسبب في الانقطاع عن دوام الأعمال، ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف [٢].

٣- أسباب التخفيف ورفع الحرج:

بالنظر في رخص الشرع يلفى أن السبب الرئيسي في التخفيف ورفع الحرج هو المشقة الزائدة التي تلحق المكلف جراء تلبسه بسبب من أسبابها، مثل السفر والمرض والإكراه ونحو ذلك من العوارض المؤثرة والأسباب التي لا يطاق معها القيام بالتكاليف إلا بشدة مكلفة ومشقة فائقة.

وبعض العلماء يعدون هذه العوارض هي الأسباب في التخفيف،

---

(١) أخرجه عن محجن بن الأدرع السلمي: الطبراني في (المعجم ٢٠/٢٩٨)، وصححه الألباني في (السلسلة الصحيحة ٤/١٧٨) .

(٢) انظر: الموافقات ٢/ ٢١٢.

وهذا من التجوز السائغ من باب إطلاق السبب وإرادة المسبب، فهي مظان للمشقة وسبب فيها، وليست هي المقتضية للتخفيف رأساً، بل المقتضي للتخفيف هو المشقة عينها، وهذا لا يعني أن ما أنيط بهذه العوارض من الرخص يدور مع المشقة فيها وجوداً وعدماً، بل كل من قام به عارض من تلك العوارض ساغ له أن يترك العزيمة إلى الرخصة حتى لو لم تلحقه مشقة بذلك؛ لأن الأحكام المشروعة للمصالح لا يشترط وجود المصلحة في كل فرد من أفراد محالها، وإنما يعتبر أن يكون مظنة لها خاصة، والقاعدة أن: "المظنة تنزل منزلة المئنة ما لم يتحقق من انتفاء المئنة"[(١)]، ولأن تخلف الرخصة عن حكمتها نادر، ولا عبرة بالنادر، وهو معنى قولهم: "القاعدة الكلية لا تقدح فيها قضايا الأعيان ولا نوادر التخلف" [(٢)].

وإذا رجعنا إلى مما كتبه العلماء بهذا الصدد نجد أنهم حصروا أسباب التخفيف في سبعة أشياء [(٣)]: وهي السفر والمرض والإكراه [(٤)] والنسيان

---

(١) انظر: الوصف المناسب لشرع الحكم ص: ٢١١.

(٢) انظر: الموافقات ١/٣٩٠-٣٩١.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٧٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٠٥.

(٤) الإكرَاه لغة: مأخوذ من الكُره، بمعنى القسر، أو من الكَره بمعنى المشقة، وهو حمل الغير على شيء لا يرضاه. المصباح المنير ص: ٥٣٢/٢. ولا يبعد المعنى الاصطلاحي عن هذا وقد عرف بأنه: "حمل الغير على أمر لا يرضاه من قول أو فعل بحيث لا يختار مباشرته لو خلي ونفسه". التقرير والتحبير ٢/٢٧٤. =

والجهل بالأحكام، والعسر وعموم البلوى [(١)] والنقص [(٢)].

= وقد قسمه الجمهور - عدا الحنفية- إلى قسمين: إكراه ملجئ: وهو ما يجعل المكرَه بمنزلة الآلة في يد غيره كما لو حمل فألقي على غيره فقتله، وإكراه غير ملجئ: و هو من أكره على فعل بإتلاف نفسه أو عضو من أعضائه أو بالضرب الشديد أو نحو ذلك.

وأما الحنفية فالإكراه الملجئ عندهم : هو الذي يكون بالتهديد بإتلاف منفعة ضرورية كالقتل والقطع، ويسمى الإكراه التام، وما عداه يسمونه إكراهاً ناقصاً: وهو الذي يكون بالتهديد بما دون ذلك، كالحبس والضرب ونحو ذلك، والأول هو الذي يعتبرونه حالة من حالات الاضطرار المبيحة للترخص والإقدام على الممنوع إذا توفر شرطه.

انظر: التقرير والتحبير ٢/٢٧٤، بدائع الصنائع ٧/١٧٧، البحر المحيط للزركشي ١/٣٦٢، الأشباه للسيوطي ص: ٢٠٣، فتح الباري ١٢/٣١١، المدخل الفقهي للزرقا ١/٤٥٢.

(١) العُسر يراد به: صعوبة تجنب الشيء، أما عموم البَلوى: فهو شيوع البلاء، بحيث يصعب على المرء التخلص منه أو الابتعاد عنه، ومرد هذا الأصل إلى شيئين: أحدهما: نزارة الشيء وقلته، والثاني: كثرة الشيء وشيوعه وانتشاره، فكلا هذين يشق التحرز عنهما، فخفف الشرع فيهما لذلك. ومن القواعد المقررة في هذا: قولهم: "ما عمت بليته خفت قضيته"، و "إذا ضاق الأمر اتسع". انظر: الأشباه للسيوطي ص: ٧٨، الأشباه لابن نجيم ١/ ٢٠٦، ٢١٧، رفع الحرج للباحسين ص: ٤٣٤، رفع الحرج لابن حميد ص: ٣٢٥.

(٢) النّقص يراد به ما يقابل الكمال، وهو سبب من أسباب المشقة؛ لأن النفس =

وهذا العد إن كان مراداً به الحصر فلا يسلم؛ لأن هناك عـــوارض أخرى توجب ما توجبه هذه العوارض من التخفيف كما سيتضح بيانـــه بحول الله.

إذا علم هذا فالتحقيق أن المشقة المقتضية للتخفيف على قسمين [١]:

القسم الأول: المشاق التي ضبطها الشارع، وربطها بأسباب معينة بحيث يدور التخفيف معها وجوداً وعدماً، سواء حصل منها للمكلــف مشقة أو لم يحصل، وهذه الأسباب هي التي اصــطلح عليهـــا العلمـــاء بعوارض الأهلية [٢].

= مجبولة على حب الكمال فناسبه التخفيف في التكاليف، ومن أمثلته: عدمُ تكليف الصبي والمجنون، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال كالجماعة والجمعة والجهاد، وإباحةِ لبس الحرير وحلي الذهب، وعدمُ تكليف الأرقاء بكثير مما على الأحرار.

انظر في هذا: الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١١٥.

(١) انظر هذا التقسيم عند الباحسين في كتابه: رفع الحرج ص: ٤٢٤.

(٢) المراد بعوارض الأهلية: "خصال أو آفات لها تأثير في الأحكام بالتغيير أو الإعدام، سميت بها لمنعها الأحكام المتعلقة بأهلية الوجوب أو الأداء عن الثبوت، إما لأنها مزيلة لأهلية الوجوب كالموت، أو لأهلية الأداء كالنوم والإغماء، أو مغيرة لبعض الأحكام مع بقاء أصل الأهلية للوجوب والأداء كالسفر". التقرير والتحبير ٢/٢٣٠.

وهي على قسمين:

١- العوارض السماوية: وهي التي ليس للعبد فيها اختيار واكتساب، وإنما يرجع أمر حصولها إلى الله سبحانه ، ونسبتها إلى السماء دليل على ذلك ؛ لأن ما ليس في اختيار الإنسان ينسب إلى السماء [١].

وهذه العوارض محصورة في أحد عشر عارضاً: وهي: الصغر والجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء والرق والمرض والحيض والنفاس والموت.

٢- العوارض المكتسبة: وهي التي تحصل بكسب من الإنسان وسعيه، وهي قسمان: ما يكون من الإنسان نفسه أعني المتلبس بأحد هذه العوارض، وهي: الجهل والسكر والسفه والهزل [٢] والخطأ والسفر، وما

---

(١) لعل الحامل للفقهاء على نسبة الآفات والأمراض للسماء بدل نسبتها إلى مقدرها وخالقها سبحانه هو الأدب مع الله جل جلاله، فإن هذه الآفات لا تنسب إليه سبحانه إلا على مراعاة الحكمة والعدل، ولذلك تجد في القرآن والسنة هذا النمط من التعبير كما في قوله تعالى حكاية عن مؤمني الجن ﴿ وَأَنَّا لَا نَدْرِيٓ أَشَرٌّ أُرِيدَ بِمَن فِي ٱلۡأَرۡضِ أَمۡ أَرَادَ بِهِمۡ رَبُّهُمۡ رَشَدٗا ﴾ [سورة الجن: ١٠]، وأخرج مسلم في (صحيحه: ١/٥٣٥) مرفوعاً "والخير كله في يديك، والشر ليس إليك" .

(٢) الهَزل ضد الجِد، وهو "أن يراد باللفظ ما لا يصلح له لا بالحقيقة ولا بالمجاز". التقرير والتحبير ٢/٢٥٩. وقد جعله الأحناف من أسباب التخفيف في الشرع، وهو عندهم إنما يؤثر في تصرفات الهازل الإخبارية دون الاعتقادية والإنشائية؛ لأن صحة الإقرار تعتمد صحة المخبر به، والهزل من قبيل الكذب، ولهم في إنشاءاته تفصيل عريض . راجع: التقرير والتحبير ٢/٢٣٠ وما بعدها. =

يكون من غير المتلبس بها، وهو الإكراه [١].

فهذه العوارض في مجملها تؤثر في الأحكام، وتوجب نوعاً من التخفيف يختلف باختلافها، والفقهاء قد بسطوا الكلام عليها، وبينوا متى يصح عدها من الأعذار ومتى لا يصح، وأفردها المعاصرون في أبحاث ورسائل علمية [٢]، وقد كفوا بذلك مؤنة التطويل والتكرار، مع أن الإسهاب في الحديث عنها لا يتعلق به الغرض في هذا الكتاب؛ إذ المقصود

= وإذا رجعنا إلى الشرع نجد أنه لم يخفف عن الهازل بحال، بل شدد عليه في كثير من تصرفاته، وجعلها بمنزلة الجد، كعتقه ونكاحه وطلاقه وكفره، فهذه الأشياء وغيرها لم تغتفر له بالهزل، بل عومل بها كالجاد، وهذا هو الذي تسنده الأصول؛ وذلك أن الهازل قصد التكلم باللفظ وأراده رضاً واختياراً منه، وغايته أنه لم يرد حكمه، وذلك إلى الشارع ليس إليه؛ فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره، وذلك أنه قاصد للقول مريد له مع علمه بمعناه وموجبه، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والمخادع المحتال فإنهما قصدا شيئا آخر غير معني القول وموجبه.

انظر: إعلام الموقعين ٣/١٢٣-١٢٤، رفع الحرج للباحسين ص: ٢٢٣.

(١) انظر الكلام عن هذه العوارض في: التقرير والتحبير ٢/٢٣٠، ورسالة عوارض الأهلية للجبوري.

(٢) انظر حول هذا الموضوع: بحث الدكتور حسين الجبوري (عوارض الأهلية عند عند الأصوليين)، و(رفع الحرج) للدكتور صالح بن حميد ص: ٢٠٥-٣٢٦.

هو التنبيه على أسباب التخفيف ورفع الحرج في تكـاليف الشـرع دون الدخول في تفاصيل المسائل والفروع.

ويلاحظ: أهم لم يعددوا الغضب ضمن هذه العـوارض مـع أنـه يقتضي التخفيف في بعض أحواله، وذلك في حال ما إذا أغلق القصدَ على صاحبه وصيره كالمجنون الذي لا يدري ما يقول، فهذا على التحقيـق لا تعتبر عقوده ولا تصرفاته ما لم يكن فيها إتلاف لحق الغير، لأن قاعـدة الشريعة أنه متى ما حال بين المتكلم وقصده عارض من العوارض النفسية ، وانغلق عليه باب الإدراك والتصور لما يقول كان قوله هدراً، وعـارض الغضب قد يكون أقوى من كثير من العوارض المذكورة؛ فإنه مرض من الأمراض، وله سلطان على الغضبان أشد من سلطان الإكراه، ولهذا يمكن للمرء أن يمتنع من الإجرام تحت تأثير الإكراه ولو أن تقتل نفسه، ويمكنه أن يتخلص من مكرِهه، وأما الغضب فإنه إذا بلغ مبلغه غطى على العقل والحلم، وصار أشد من السكر والإكراه والجنون، ولذلك كان الأصـح عدم اعتبار تصرفات الغضبان القولية [١].

القسم الثاني: المشاق التي لم يرد بشأنها ضابط معين في الشرع، وإنما اكتفي بالتصريح بأنها موجبة للتخفيف على الإطلاق، وقد رام جملة مـن العلماء ضبط هذه المشاق بما يصحح كونها مـن أسـباب التخفيـف،

---

(١) قد أشبع ابن القيم -رحمه الله- الكلام على الغضب وتأثيره في الأحكام بما لا مزيد عليه في كتابه: (إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان ص: ٤٧-٧١).

وحاصل ما ذكروه في ذلك : أن المشقة على نوعين [(١)]:

١- **مشقة معتادة:** وهي التي لا تُلحق بالمرء ضرراً في نفسه أو ماله أو حال من أحواله، فهذه لا توجب تخفيفاً، ولا تقتضي ترخصاً؛ لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والعادات، ولفات ما رتب عليها من الأجور الباقيات، "ولا ينكر أن الشارع قاصد للتكليف بما يلزم فيه كلفة ومشقة ما، ولكن لا تسمى في العادة المستمرة مشقة كما لا يسمى في العادة مشقة طلب المعاش بالتحرف وسائر الصنائع؛ لأنه ممكن معتاد لا يقطع ما فيه من الكلفة عن العمل في الغالب المعتاد، فمشقة مثل هذه لا تعد مشقة، وإن سميت كلفة فأحوال الإنسان كلها كلفة في هذه الدار في أكله وشربه وسائر تصرفاته، ولكن جعل له قدرة عليها بحيث تكون تلك التصرفات تحت قهره، لا أن يكون هو تحت قهر التصرفات، فكذلك التكاليف فعلى هذا ينبغي أن يفهم التكليف وما تضمن من المشقة" [(٢)].

٢- **مشقة غير معتادة:** وقد سبق تعريفها بأنها: "التي تؤدي المداومة عليها إلى ترك العمل بالكلية أو التخلي عن بعضه، أو يترتب على ذلك وقوع خلل في صاحبه في نفسه أو ماله أو حال من أحواله".

وهذه المشقة على ثلاثة أضرب:

---

(١) انظر هذا التقسيم في: الأشباه لابن نجيم ١/١١٦،الموافقات ٢/٢١٤، قواعد المقري ١/٣٢٦، قواعد الأحكام ٢/٧، الأشباه للسيوطي ص: ٨٠.

(٢) الموافقات ٢/٢١٤، وانظر: قواعد الأحكام ٢/٧.

أحدها: مشقة عظيمة فادحة: كمشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأطراف، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص؛ لأن حفظ المهج والأطراف لإقامة مصالح الدارين أولى من تعريضها للفوات.

الثاني: مشقة خفيفة كأدنى وجع، أو أدنى صداع، فهذه لا التفات إليها لأن تحصيل المصالح الشرعية أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لا يؤبه لها.

الثالث: مشاق واقعة بين هاتين المشقتين مختلفة في الخفة والشدة، فما دنا منها من المشقة العليا أوجب التخفيف، وما دنا منها من المشقة الدنيا لم يوجب التخفيف، وما وقع بين هاتين الرتبتين فقد يحتمل إلحاقه بأحدهما، فكلما قارب العليا كان أولى بالتخفيف، وكلما قارب الدنيا كان أولى بعدم التخفيف، وقد تتوسط مشاق بين الرتبتين بحيث لا تدنو من أحدهما فقد يتوقف فيها، وقد يرجح بعضها بأمر خارج عنها [1].

وإذا تقرر أن المشقة المعتبرة مما لم يرد في شأنها نص معين هي الخارجة عن الاعتياد، فإن المرجع في تحديد كونها كذلك هي العادات والأعراف، فما حكمت عليه بأنه مشقة فادحة أو قريب منها عمل به واقتضى حكمه من التخفيف والتيسير، وما حكمت عليه بخلاف ذلك فلا التفات إليه، ورب مشقة في زمن هي يسر في زمن آخر، فلا يعول على غير العرف في تحديد المشاق المعتبرة ما لم تعارض الشرع فلا عبرة بها حينئذ [2].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٢/٧.

(٢) انظر: رفع الحرج للباحسين ص: ٤٢٩-٤٣٢.

أثر الحرج في الأحكام القضائية:

تبين فيما سبق أن الحرج موضوع عن تكاليف الشرع جملة وتفصيلاً، وأنه كلما لحقت بالمكلف مشقة زائدة في نفسه أو ماله فإن الشرع يخفف عنه في كل مشقة بحسبها، وهذا أصل كلي تندرج تحته مسائل العبادات والمعاملات على حد سواء، وقد صاغه الفقهاء في قاعدة كلية، وهي قولهم: "المشقة تجلب التيسير" (١).

وعلى هذا الأصل يجري القاضي نظره في الوقائع المحتفة بالمشاق والحرج، فيَعتبر ما يُعتبر منها ويلغي ما عداه، يحذو في ذلك حذو الفقيه والمفتي، إلا أنه لما كان نظره من قبيل تحقيق المناط وتنزيل الحكم الكلي على موضعه المناسب مع الإلزام به استدعى ذلك أن يكون نظره في أحوال الحرج يختلف نوعاً ما عن نظر الفقيه والمفتي من حيث تقديره للمشاق، والحكم على كل حالة منها بما يناسبها من التيسير والتخفيف، فقد يسفر نظره عن اعتبار مشقة هي في نظر الفقيه غير معتبرة، وقد يلغي منها ما يعتبره الفقيه؛ وذلك لأمور خارجية تحتف بالواقعة فتوجب اعتبار هذه المشقة أو إلغاءها، وهذا شأن تحقيق المناط، فإنه يسفر عن أحكام ربما غابت عن الفقيه والمجتهد المنظّر.

إذا علم هذا فأخذ المكلف برخصة الحرج ربما أدى إلى تفويت حق

---

(١) انظر هذه القاعدة في: المنثور ١٦٩/٣، الأشباه للسيوطي ص: ٧٦، الأشباه لابن نجيم ١٠٥/١، درر الحكام ٣٥/١، المدخل الفقهي للزرقا ١٠٠٣/٢.

مصون، فيتدخل القضاء لضمان الحقوق وحفظها على أصحابها؛ ذلك أن التخفيف الذي تقتضيه المشقة إذا أدى إلى انتهاك حقوق الغير فالتيسير فيها لا يعني إهدارها وتفويتها على أهلها، فإن ذلك من إزالة الضرر بمثله، وهو خلاف قاعدة الشريعة، بل التيسير في ذلك يعني الجمع بين مصلحة صاحب الحق، ومصلحة الحرِج والمتضرر، والحكم في ذلك يختلف باختلاف الحقوق، وهو على التفصيل التالي:

أولاً: حقوق الله:

من الأمور المقررة في الشرع: أن "حقوق الله مبنية على المسامحة" فالله عز وجل لا يكلف العبد إلا بما في وسعه، ولا يؤاخذه على ما أرغم عليه، أو كان خارجاً عن وسعه وإرادته وعلمه، وعلى هذا فالعبد إذا انتهك حقاً من حقوق الله بجهل أو خطأ أو نسيان أو بنحو ذلك من العوارض التي سلف ذكرها فإن ما رتب على ذلك من الأحكام الجزائية يسقط عنه، ولا يكون عليه إثم في ذلك، بشرط أن يكون العذر مقبولاً شرعاً بأن يكون قد استوفى شروط اعتباره عذراً [١].

ومن أمثلة ذلك: إسقاط العقوبة المقررة حقاً لله تعالى إذا ارتكب سببها بالخطأ أو الجهل كمن زفت إليه غير امرأته ليلة العرس فوطئها يظنها امرأته، فلا حد عليه بإجماع أهل العلم [٢]، وكذا: من شرب الخمر

---

(١) انظر: المنثور ٢/٥٩، رفع الحرج للباحسين ص: ٢٣٥.

(٢) انظر: الاستذكار ٥/٤٥٠، المحلى ١١/٣٧٢، المغني ٩/٥٥.

جاهلاً بتحريمها، يسقط عنه الحد إذا دلت شواهد الحال على صدقه [١].

ثانياً: حقوق العباد:

أما حقوق العباد: فإنها مبنية على التشاح والمنازعة، ومن ثم لم يقو شيء من هذه الأعذار على إسقاطها بالكلية، إلا أن الشارع الحكيم خفف الحكم فيها بإسقاط العقوبات البدنية إذا تحقق كون المشقة عذراً معتبراً شرعاً، وأما الأضرار اللاحقة بالغير فأوجب تعويضها بالضمان دفعاً للضرر عن الغير، وهذا لا ينافي التخفيف ورفع الحرج؛ لأن مصلحة المنتفع بالترخص ليست بأولى من مصلحة المتضرر بها، فيُضمن الحق لأهله، ويرفع الإثم والعقاب عمن ألجأه العذر إلى انتهاك حق غيره، وهذا غاية العدل والتيسير [٢].

ومن أمثلة ذلك: من قتل مسلماً في صف الكفار يظنه حربياً، ومن قتل معصوماً خطأً، ومن ألجأته الضرورة إلى إتلاف مال غيره، وكقتل أحد الوليين القاتل عمداً عدواناً بعد عفو الولي الآخر جاهلاً بعفوه، فلا حد على هؤلاء جميعاً، ولكن يلزمون بالضمان [٣].

---

(١) انظر: المغني ٩/١٣٠، الفروق للقرافي ٢/٢٧٨، المنثور ٢/١٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٩٨.

(٢) انظر: درر الحكام ١/٣٩، المدخل الفقهي ٢٠/ ١٠٠٥، رفع الحرج للباحسين ص: ٢٣٥.

(٣) انظر: الفروق ٢/٢٧٨، التقرير والتحبير ٣/٤٣٣.

فهذا الذي تقرر هنا أصل عام ينتفع به القاضي في كليات الشرع وجزئياته، وإذا حققه انتفع به في حكمه غاية النفع، ولا ينبغي له أن يهمله؛ لأنه من الأصول التي يستنير بها في طريق القضاء والفصل بين الخصوم.

وبهذا الصدد تجدر الإشارة إلى أمور:

أحدها: أن على القاضي أن يكون خبيراً بالمشاق والأعذار التي تُدّعى في مجلسه حتى يعلم ما يصح منها عذراً شرعياً وما لا يصح، ويعرف عند تزاحمها وتعارضها ما يقدم منها مما يؤخر، كما أن عليه أن يعلم مراتب الحقوق في القوة والضعف، وما هو منها لله وما هو للعبد، فإن الأحكام تختلف باختلاف ذلك، ومن دون هذه المعرفة يضع الحكم في غير موضعه، ولا يسلم من الخطأ أو الجور في حكمه.

الثاني: أن رفع الحرج عن المكلف من مقاصد الشرع وغاياته، فهو يطلبه ويندب إليه كلما وُجد سببه، فإذا توخى المكلف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له كان ممتثلاً لأمر الشارع آخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محظورين: أحدهما: مخالفته لقصد الشارع، كانت تلك المخالفة في واجب أو مندوب أو مباح، والثاني: سد أبواب التيسير عليه، وتعريضه نفسه للفتنة [1].

وإذا تقرر ذلك فإن على القاضي أن يقدر حاجات الناس وظروفهم، ويصدر فيهم الأحكام المتوافقة وطبيعةَ ما هم عليه، فلا يضع الحزم في

(١) انظر الموافقات ١/٥٣١.

موضع اليسر، ولا يأخذ بالأشد فالأشد، بل يسعى حثيثاً إلى تحقيق هذا المقصد ما دام أن الشرع جعل للمضايق مخرجاً، وللشدائد مفرجاً.

الثالث: الخلاف المعتبر إذا احتفت به مثل هذه الأعذار صار رجحانه أبين من القطعي؛ فإنها تقتضي التيسير والتخفيف في قطعيات الشرع التي لا نزاع فيها، فإذا وجد الخلاف تقوى جانبه بها، وصار الحكم به بمنزلة الحكم بالقطعي، ولا ينبغي أن يختلف في هذا.

قال أبو بكر الجَصاص [(١)] -رحمه الله- : "لما كان الحرج: الضيق، ونفى الله عن نفسه إرادة الحرج بنا ساغ الاستدلال بظاهره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختلف فيه من أحكام السمعيات، فيكون القائل بما يوجب الحرج والضيق محجوجاً بظاهر هذه الآية والأخبار الدالة على رفع الحرج، وهي نظير قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ " [(٢)].

---

(١) أحمد بن علي الرازي، المعروف بالجصاص، قال عنه الخطيب البغدادي: "إمام أصحاب الرأي في وقته، كان مشهوراً بالزهد والورع، انتهت إليه الرياسة، ورحل إليه المتفقهة، وخوطب في أن يلي قضاء القضاة، فامتنع، وأعيد عليه الخطاب فلم يفعل". من آثاره: (أحكام القرآن) (أصول الفقه) المعروف بأصول الجصاص. توفي سنة ٣٧٠هـ. ينظر: تاريخ بغداد ٣١٤/٤، الجواهر المضية ١/ ٢٢٠.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٨٥، وانظر: أحكام القرآن ٣٣/٤.

المطلب الرابع

المصلحة

تعد المصلحة بمعناها الواسع الشامل من القضايا التي كانت مثار الخلاف والجدل الحاد على صعيد التشريع الإسلامي بأصوله وفروعه، وهي وإن كانت مراعاة في الملة من غير اختلاف، إلا أن الخلاف فيها كان بسبب التوسع في تطبيقها، والخوف من أن يُتذرع بها إلى إسقاط النصوص والإلحاد في الشرائع.

ويبدو أن نواة هذا الجدل كانت بظهور مدرسة الاعتزال التي جعلت من العقل الحَكم الفصل بين النصوص التي تعارض قضايا العقول في الظاهر، فما استحسنه منها قبل، وما لم يستحسنه رد و لم يلتفت إليه، وقد عرف هذا الأصل عندهم بالتحسين والتقبيح العقليين [١].

ثم توسع الجدال في هذه المسألة على نحو كبير في العصر الحاضر بعد ما شهدت الحياة المدنية تطوراً كبيراً في شتى مجالات الحياة مما دفع الكثير من الباحثين إلى توسيع دائرة العمل بالمصالح ولو على حساب النص أحياناً؛ بحجة التمدن ومواكبة المستجدات [٢].

---

(١) انظر الكلام عنه في شرح تنقيح الفصول للقرافي ص: ٨٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٨/٩٠، ٤٢٨، ٣/١١٤، ١١/٦٧٥، مدارج السالكين ٢/٢-١١٨، الموافقات ١/١٢٥، ٢/٥٣٢.

(٢) وقد استفحل الأمر بعد ما نشرت رسالة نجم الدين الطوفي الحنبلي (ت:٧١٦هـ) =

وقد استتبع الغلو في هذا المجال أن بدل وحرف الكثير من الأحكام الشرعية التي يصل بعضها إلى حد القطعي الذي لا يتمارى في ثبوته وقراره مثل الحدود وكثير من أحكام النكاح والطلاق وسائر أحكام المعاملات الأخرى، وأصبح القضاء الشرعي الذي يبت في مثل هذه القضايا معطلاً في معظم بلاد المسلمين، حتى إذا التمست علة لذلك قيل لك: هذه مصلحة والإسلام جاء برعاية المصالح ودرء المفاسد !.

وفي هذا السياق أ حاول بتوفيق الله بيان المراد بالمصلحة، ومتى تكون معتبرة في نظر الشرع، ثم مدى تأثيرها على الأحكام القضائية، وكيف يوفق القاضي بينها وبين الشرع إذا ثبت عنده تعارض بينهما، وذلك من خلال النقاط التالية:

= في شرحه لحديث: " لا ضرر ولا ضرار" من أحاديث الأربعين النووية، إذ زعم أن "المصلحة مقدمة على النص أو الإجماع عند حصول التعارض بينهما"، فطار بهذا الرأي من يرومون تبديل أحكام الشرع، وجعلوه حجة لهم في هدم الشرائع، مع احتمال كلام الطوفي لأوجه كثيرة من الصواب.

وقد قام جلة من الباحثين المبرزين برد هذه الفرية على الأصول، وأثبتوا غلط الطوفي فيما ذهب إليه. انظر على سبيل المثال: ابن حنبل حياته وعصره لأبي زهرة ص: ٢٣٦-٢٤٤، ضوابط المصلحة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ص: ٢٠٢ مقاصد الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعد اليوبي ص: ٥٣٧. وانظر رسالة الطوفي ملحقة بكتاب: مصادر التشريع الإسلامي لعبد الوهاب خلاف ص: ١٠٦.

١- تعريف المصلحة:

المصلَحة في اللغة: مفعلة كالمنفعة وزناً ومعناً، مأخوذة من الصلاح ضد الفساد، يقال: أصلح فلان إذا أتى بالخير والصواب، ونظر في مصالح الناس أي فيما لهم فيه نفع وخير.

والاستصلاح نقيض الاستفساد، وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه، ويقال: أصلح الدابة: أي أحسن إليها فصلحت [(١)].

والمصلحة شرعاً عرفت بتعاريف عديدة أسوق هنا بعضاً منها لأهميتها:

فمنها: تعريف الغزالي حيث يقول: "مرادنا بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة" [(٢)].

وقال العز بن عبد السلام: "المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها، والأفراح وأسبابها، والمفاسد أربعة أنواع: الآلام وأسبابها، والغموم وأسبابها، وهي منقسمة إلى دنيوية وأخروية، فأما الدنيوية: فمعلومة بالعادات، وأما الأخروية: فقد دل عليها الوعد والوعيد، والزجر والتهديد" [(٣)].

---

(١) انظر: لسان العرب ٥١٦/٢، المصباح المنير ص: ٣٤٥.

(٢) المستصفى ٤٨٢/٢.

(٣) قواعد الأحكام ١٠/١.

ويقول في موضع آخر: "المصالح ضربان: أحدهما حقيقي، وهو الأفراح واللذات، والثاني مجازي، وهو أسبابها، وربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح لا لكونها مفاسد، بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وكذلك القول في المفاسد، ويعبر عن المصالح والمفاسد بالخير والشر والنفع والضر والحسنات والسيئات؛ لأن المصالح كلها خيور نافعات حسنات، والمفاسد بأسرها شرور مضرات سيئات، وقد غلب في القرآن استعمال الحسنات في المصالح والسيئات في المفاسد" (١).

وقال أبو إسحاق الشاطبي: "المراد بالمصلحة عندنا: ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدَرْكِهِ على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى، بل يرده كان مردوداً باتفاق المسلمين" (٢).

فهذه العبارات تفيد أن المصلحة في عرف الفقهاء والأصوليين تطلق بإطلاقين: أحدهما مجازي، وهو السبب الموصل إلى النفع، والآخر: حقيقي، وهو المسبب الذي يترتب على الفعل من خير ومنفعة، ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة (٣).

---

(١) قواعد الأحكام ١/٤، ١٢.

(٢) الاعتصام ٣/١١٣.

(٣) انظر: تعليل الأحكام للدكتور مصطفى شلبي ص: ٢٧٩.

٢- أقسام المصلحة:

تنقسم المصلحة في عرف الأصوليين إلى أقسام عديدة من حيثيات مختلفة، والذي يهمنا منها تقسيمها من حيث اعتبارها وإلغاؤها، وقد قسموها إلى ثلاثة أقسام [1]:

١- **المصلحة المعتبرة**: وهي التي شهد الشرع لها بالاعتبار، وقام الدليل منه على رعايتها وقصدها في تشريعه مثل جميع ما شرع لحفظ الضروريات الخمس الكبرى، فهذه المصلحة حجة عند جميع القائلين بالقياس؛ لأنها قياس المناسبة المبني على النظر المصلحي من تحصيل المصالح ودفع المفاسد.

٢- **المصلحة الملغاة**: وهي التي يظهر أن في بناء الأحكام عليها مصلحة إلا أن الشرع شهد ببطلانها وإلغائها كالمنع من غراسة العنب لئلا يتخذ خمراً، فهذه مردودة بالاتفاق؛ إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها، وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي [2].

٣- **المصلحة المرسلة**: وهي التي لم يرد في الشرع شاهد خاص باعتبارها أو إلغائها، فهي من قبيل العفو الذي سكت عنه الشرع، وكونها

---

(١) انظر هذا التقسيم وغيره في: المستصفى ٤٧٨/٢، شرح التنقيح ص ٤٢٣، تقريب الوصول لابن جزي ص ٤٠٦، المحصول ٢١٩/٦، الاعتصام ١٢٥/٣، المدخل لابن بدران ص ٢٩٣، مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) انظر: الاعتصام ١٢٥/٣.

مصلحة؛ لأن العقل قام على اعتبارها منفعة أو سبباً في جلب النفع ودفع الضر، وإنما سميت مرسلة لكونها مطلقة عن الدليل الحاظر أو المبيح، فإن الإرسال في اللغة هو الإطلاق، ويسمى هذا النوع عندهم بالمناسب المرسل والاستدلال والاستصلاح [(١)].

وقد حُكي الخلاف في الاحتجاج بهذا النوع من المصالح، وفيما يلي تفصيل القول فيه.

٣- موقف الفقهاء من العمل بالمصالح المرسلة :

درج بعض المؤلفين في الأصول قديماً وحديثاً على نقل الخلاف في الاحتجاج بالمصالح المرسلة بين أصحاب المذاهب الفقهية المشهورة، وينسبون العمل بها إلى المالكية والحنابلة خلافاً للحنفية والشافعية الذين لا يرون الأخذ بها، وبنكرون على من يعمل بها [(٢)].

والتحقيق أن هذا الخلاف إن صحت نسبته إلى هذين المذهبين فهو محمول على اختلافهم في عد المصلحة أصلاً شرعياً يرجع إليه على غرار ما يرجع إلى بقية الأدلة الشرعية الأخرى، فإنهم لم يتفقوا جميعاً على عدها

---

(١) انظر: البحر المحيط ٧٦/٦، إرشاد الفحول ص: ٣٠٤، ضوابط المصلحة للبوطي ص: ٣٢٩-٣٣٦.

(٢) انظر: التقرير والتحبير ٣٨١/٣،تقريب الوصول ص: ٤٠٩، البرهان ٧٢١/٢، البحر المحيط ٧٦/٦، المسودة ص: ٤٠٤، شرح مختصر الروضة ٢١١/٣، المدخل لابن بدران ص: ٢٩٥.

ضمن أصولهم في الاستنباط، بل انفرد بها مالك دون من عداه، وأعملها على غرار بقية أصوله حتى وصف "بالإفراط والاسترسال في العمل بالمصالح استرسالاً جره إلى استحداث أشياء لم يرد بها الشرع" (١).

فهذا القدر من الخلاف يمكن إثباته بين المذاهب، أما العمل بالمصالح المرسلة وبناء الأحكام عليها فيعسر إثبات الخلاف فيه؛ وذلك أن المتتبع لكلام الفقهاء وفتاويهم يتحصل لديه ما يوجب القطع بأنهم آخذون بهذا الضرب من المصالح متمسكون به تمسك الرامي لحفظ مقاصد الشريعة في الخلق بجلب كل منفعة ودفع كل مضرة؛ فإن إهدار هذا المقصد بعيد عن فقه هؤلاء الأئمة -رحمهم الله- كيف وهم قد نصبوا أنفسهم لاتباع مقاصد الشريعة والسير على جلب المنافع ودفع المضار، وهل المصلحة إلا ذلك؟.

وهذا الذي جعل جلة من اهل العلم يحكون الاتفاق على العمل بالمصالح المرسلة من لدن الصحابة رضوان الله عليهم حتى عصر هؤلاء الأئمة -رحمهم الله- وهذه بعض أقوالهم:

يقول القرافي: "وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها، والتحقيق أنها عامة في جميع المذاهب؛ لأنهم يقومون ويقعدون بالمناسبة، ولا يطلبون شاهداً لها بالاعتبار، ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك" (٢).

---

(١) انظر هذا الكلام في البرهان للجويني ٧٢١/٢، وقريباً منه في المنخول للرازي ص: ٥٠٠.

(٢) انظر: شرح التنقيح ص: ٤٢٤-٤٢٦.

وقال ابن دقيق العيد [(١)]: "الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، ويليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما"[(٢)].

وهذا إمام الحرمين أبوا المعالي الجُويني [(٣)] يقول عن الإمام الشافعي: "ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل، ولكنه ينوط الأحكام

---

(١) محمد بن علي بن وهب بن مطيع بن أبي الطاعة القشيري، أبو الفتح تقي الدين بن دقيق العيد، فقيه حافظ محدث، جمع بين مذهب مالك والشافعي، قال عنه ابن السبكي: "الإمام الحافظ الزاهد المجتهد المطلق، ذو الخبرة التامة بعلوم الشريعة، أكمل المتأخرين، وبحر العلم الذي لا تكدره الدلاء، ومعدن الفضل الذي لقاصده منه ما يشاء" من آثاره: (الإلمام في أحاديث الأحكام) (الاقتراح في معرفة الاصطلاح) توفي سنة ٧٠٢هـ. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ٩/٢٠٧، ولابن قاضي شهبة ٢/٢٢٩، شجرة النور ص: ١٨٩.

(٢) نقله عنه الزركشي في البحر المحيط ٦/٧٧. ٣٦٦

(٣) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني النيسابوري إمام الحرمين، وإذا قيل في المذهب الشافعي "الإمام" فهو المراد، نقل الذهبي عن أبي سعد السمعاني قوله فيه: "كان أبو المعالي إمام الأئمة على الإطلاق، مجمعاً على إمامته شرقاً وغرباً، ولم تر عين مثله" من آثاره: (الغياثي) (البرهان في أصول الفقه). توفي سنة ٤٧٨هـ . انظر ترجمته في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/٢٥٥، سير أعلام النبلاء ١٨/٤٦٨-٤٦٩، طبقات الشافية لابن السبكي ٥/١٦٥.

بالمعاني المرسلة، فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبهاً" [١].

ويقول نجم الدين الطوفي [٢]: "وقد أجمع العلماء - إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية - على تعليل الأحكام بالمصالح، ودرئها بالمفاسد، وأشدهم في ذلك: مالك حيث قال بالمصالح المرسلة، وفي الحقيقة لم يختص بها، بل الجميع قائلون بها غير أنه قال بها أكثر منهم" [٣].

وأما الحنفية: فهم أجدر الفقهاء برعاية المصالح جرياً على أصلهم في التمسك بالمعقول الذي لا يعارضه الشرع، وهذا هو الواقع، فإنهم يأخذون بالمصالح المرسلة لكن عن طريق توسيع دائرة الاستحسان الذي يُعرفونه بأنه: "ترك القياس، والأخذ بما هو أوفق للناس، أو طلب

---

(١) البرهان ٢/٧٢٤. وانظر ما يدل صراحة على أخذ الشافعي بالمصالح المرسلة في تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص: ٣٢٠، البحر المحيط ٦/٨٧-٨٨.

(٢) سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي الصرصري ثم البغدادي نجم الدين أبو الربيع، الفقيه الحنبلي الأصولي، اتهم بالتشيع والوقوع في الصحابة، ونقل عنه قوله في نفسه: "أشعري حنبلي رافضي، هذه إحدى العبر!"، وبعض المهتمين بسيرته ينفي عنه هذه التهمة استناداً لبعض أقواله. من آثاره: (شرح مختصر الروضة) (شرح مختصر التبريزي) توفي سنة ٧١٦هـ .
انظر: شذرات الذهب ٦/٣٩، الدرر الكامنة ٢/٢٩٥، مقدمة شرح مختصر الروضة ١/٢١.

(٣) شرح الطوفي لحديث "لا ضرر ولا ضرار" ملحق بكتاب (مصادر التشريع الإسلامي لعبد الوهاب خلاف ص: ١١٦) .

السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام" [١].

ولا يخفى أن هذا هو مآل المصلحة ومعناها كما يدل لذلك قول ابن رشد الحفيد: "ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال: هو الالتفات إلى المصلحة والعدل" [٢].

فإذن لا تختلف المذاهب الفقهية المتبوعة في الاستناد إلى المصالح المسكوت عنها في الشرع، وهي نتيجة لا يمتري فيها من تتبع فقههم ومذاهبهم في الفروع، وإليها توصل ثلة من الباحثين المعاصرين [٣].

كما أنه لا يسلم أن مالكاً "استرسل في الأخذ بالمصالح"، أو فرط فيها على غير بصيرة، بل أخذ بها مراعياً نصوص الشرع وقواعده ومقاصده، ولم يكن -رحمه الله- وهو المجمع على إمامته وورعه أن يعارض بها شرعاً أو يترك بها نصاً، فهذا بعيد عن حاله وفقهه.

يقول أبو إسحاق الشاطبي في معرض رده لهذه التهمة : "وأما المعنى المناسب الظاهر للعقول إن تعلق بالعادات فإن مالكاً -رحمه الله- استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه، ولا يناقض أصلاً من أصوله، حتى لقد استشنع

---

(١) المبسوط ١٠/١٤٥.

(٢) بداية المجتهد ٢/١٤٠، وانظر:تعليل الأحكام ص ٣٦٠-٣٦٤، ضوابط المصلحة ص ٣٨٠-٣٨١.

(٣) انظر: مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٢٢٥، ضوابط المصلحة ص ٣٦٧-٣٨١.

العلماء كثيراً من وجوه استرساله زاعمين أنه خلع الربقة، وفتح باب التشريع، وهيهات ما أبعده من ذلك -رحمه الله-، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع بحيث يخيل للبعض أنه مقلد لمن قبله، بل هو صاحب البصيرة في دين الله حسبما تبين في سيرته" (١).

٤- الأدلة على حجية المصالح واعتبارها في الشرع:

استفاضت الأدلة من المنقول والمعقول على اعتبار المصالح في الشرع.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (٢).

قال العز بن عبد السلام -رحمه الله-: "هذه الآية أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد بأسرها؛ فإن الألف واللام في {العدل والإحسان} للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دِق العدل وجِله شيء إلا اندرج في الأمر بالعدل، ولا يبقى من دق الإحسان وجله شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان، وكذلك الألف واللام في {الفحشاء و المنكر والبغي} عامة مستغرقة لأنواع الفواحش كلها" (٣).

ومن السنة: قول النبي ﷺ : "لا ضرر ولا ضِرار" (٤).

---

(١) الاعتصام ١٣٣/٣.

(٢) سورة النحل، آية: ٩٠.

(٣) قواعد الأحكام ١٦١/٢.

(٤) أخرجه مالك في (الموطأ ٧٤٥/٢) وأحمد في (المسند ٣١٣/١) وابن ماجه في =

فهذا الحديث يقتضي رعاية المصالح إثباتاً والمفاسد نفياً؛ إذ الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة لأنهما نقيضان ولا واسطة بينهما، ولأن دفع المفسدة نوع من المصلحة، والضرر والضرار مبثوث منعهما في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات، فهو إذن من الأصول القطعية في رعاية المصالح [1].

وأما المعقول: فمما لا شك فيه أن الله عز وجل راعى مصالح خلقه في معاشهم وأمورهم على وجه لم تشهد مثله القوانين البشرية والدساتير الوضعية، ومن يستقرئ أحكام الشريعة يجدها شاهدة على ذلك.

ومن أقوال العلماء -رحمهم الله- في هذا المعنى: قول العز بن عبد السلام: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص؛ فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك" [2].

= السنن، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (٢/٧٨٤ح ٢٣٤٠) والدارقطني في (السنن ٣/٧٧) والحاكم في (المستدرك ٢/٦٦) والبيهقي في (السنن ٦/٦٩) عن جلة من الصحابة منهم عبد الله ابن عباس وأبو هريرة، وهو صحيح بشواهده. انظر: (المحلى ٨/٢٤١) (إرواء الغليل ٣/٤٠٨) .

(١) انظر: الموافقات٣/١٨٤-١٨٥، تعليل الأحكام ص: ٢٨٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢/١٦٠.

ويقول ابن القيم: "الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل" (١).

ويقول الشاطبي: "الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً... وإذا دل الاستقراء على هذا، وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم، فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة" (٢).

٥- ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة:

لئن كانت المصلحة المرسلة معتبرة في الشرع إلا أن ذلك لا يعني أن يؤخذ بها كلما عَنّت أو تُوهِّمت، بل لا بد لها من شروط وضوابط تصحح العمل بها، وتعصم العقل من الخروج بها عن جادة الشريعة وطريقها، وقد بين العلماء هذه الضوابط، وحصروها فيما يلي:

١- أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع المبثوثة لقيام مصالح العباد بأن لا تنافي أصلاً من أصولها أو دليلاً من أدلتها، فإن عورضت بشيء من ذلك وجب اطراحها.

٢- أن تكون معقولة في ذاتها غير متوهمة، قد جرت على الأوصاف

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٣.

(٢) الموافقات ٢/٩-١٣.

والمناسبات المعقولة التي إذا عرضت على العقول السليمة تلقتها بالقبول، فلا مدخل لها في التعبدات ولا ما جرى مجراها؛ لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل، ولهذا كان الأصل فيها الحظر بخلاف غيرها مما هو منوط بالمصلحة.

٣- أن تكون مصلحة عامة يحصل من بناء الحكم عليها نفع لأكثر الناس، أما المصالح الشخصية التي يراعى فيها فرد من الأفراد فلا عبرة بها مهما كانت منزلة ذلك الفرد [١].

وقد ظهر من هذه القيود أنه لا مجال للعمل بالمصالح المخالفة لمقصود الشرع المعارضة لأصل من أصوله، وهذا يقطع الطريق أمام الذين يرومون تبديل الأحكام الشرعية الثابتة وتحريفها بحجة اختلاف الزمن ورعاية المصالح.

وقد تحصل منها أيضاً أنه لا يُقِر العملَ بالمصالح إلا المجتهدون الراسخون في العلم الذين لهم تضلع بمقاصد الشرع ومناهجه في التشريع، والذين يرقبون الله في فتاويهم واجتهادهم، أما من عداهم ممن قل حظه في العلم أو كان صاحب زيغ وهوى فلا حظ لهم في ذلك.

وهذا مالك -رحمه الله- مع أنه رائد هذا الباب وحامل لوائه يقول عنه القرافي: " وأما مالك: فإنه يشترط في المصلحة أهلية الاجتهاد؛ ليكون الناظر متكيفاً بأخلاق الشريعة فينبو عقله وطبعه عما يخالفها" [٢].

---

(١) انظر هذه الضوابط في: الاعتصام ١٢٩/٣، ضوابط المصلحة ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) نفائس الأصول ٤٠٩٢/٩.

أثر اعتبار المصالح في الاجتهاد القضائي:

العمل بالمصالح المعتبرة في الشرع يعد أصلاً من أصول العدل ومبدأً من مبادئه المتينة، فلا غنى لمن يروم وجه الحق والحكم بالعدل عن التمسك بالمصالح والعمل بها أنى كان طريقها ما دامت لا تخالف شرعاً ولا تعارض أصلاً؛ وهذا لأن العدل في جوهره يقوم على أساس المصلحة، بل هو عينها، ولذلك قامت عليه الشريعة وفرضته في الحكم والسياسة.

وإذ كان القضاء موضوعاً لتحقيق هذا الغرض -أعني الحكم بالعدل- فمن الممتنع تحقيقه دون العمل بالمصالح؛ فإنه باستقراء أحكامه ومسائله يحصل القطع برعايته للمصالح وقيامه عليها، فالمصلحة من لوازم العدل لا تنفك عنه البتة، فأي حكم خلا منها فليس عدلاً وإن زعمه زاعم وظنه ظان.

وبإمعان النظر في مسائل القضاء وأحكامه يتجلى أن المصلحة روعيت في أحكامه على نحو أوسع من بقية أبواب المعاملات الأخرى، وهذا يؤكد العلاقة المتينة بين المصلحة والعدل، فإن طرقه تتنوع بحسب تنوع المصالح زماناً ومكاناً، فقد يحتاج القضاء في زمن إلى استحداث أنواع من الأساليب ليتوصل بها إلى معرفة المحق من المبطل والصادق من الكاذب، ولا يعد العمل بها بدعة في الشريعة، بل ذلك من السياسة العادلة التي هي جزء من أجزاء الشريعة، وقد يستحدث أنواعاً أخر من الأحكام تكون ألصق بالعدل وأوفق لمقصود الشارع دون أن يخل بأصل شرعي أو نص قطعي حسبما تقتضيه المصلحة والسياسة التي تحقق العدل والنصفة.

وقد ظهر لي أن المصالح المعتبرة في الأحكام القضائية على نوعين:

أحدهما: مصالح عامة شهدت بها أصول الشرع، وقام على كل واحدة منها دليل خاص بها، وهذه كمصلحة الانزجار المترتبة على إقامة الحدود وفرض العقوبات المقدرة شرعاً، ومثل المصلحة المترتبة على اشتراط العدالة في القضاة وسائر الولاة وهي إقامة ما أسند إليهم من مصالح الولايات؛ فإن العدالة هي التي تحملهم على ذلك، وبالجملة جميع ما شرع من الأحكام القضائية إنما وضع لجلب مصلحة أو دفع مفسدة (١).

النوع الثاني: المصالح المرسلة التي لم يأت في شأنها دليل خاص باعتبارها أو إلغائها، وهذه قد روعيت في القضاء على نحو كبير بسبب تجدد حوادثه وكثرة نوازله، فلم يكن بد من التمسك بها لمعرفة أحكام تلك الوقائع، ولهذا أمثلة كثيرة أقتصر منها على ما يلي:

١- تضمين الصناع:

الأجير المشترك الذي تدفع إليه الأموال بقصد استصلاحها أو العمل فيها إذا ادعى أنها تلفت بيده ألزم بضمانها على ما ذهب جمهور الفقهاء، وحكم به الخلفاء الراشدون عمر وعلي وعثمان - رضي الله عنهم أجمعين - (٢).

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ١/١٢ ٢/٨٤، الموافقات ١/٣٧٤.

(٢) وقد قيل بأنه لاضمان عليهم إلا أن يثبت تعديهم، وهو قول ابن حزم، ووجه في مذهب الحنفية والشافعية. ينظر: المبسوط ١٥/٨٠، بدائع الصنائع ٤/٢١٠، بداية المجتهد ٢/١٧٥، روضة الطالبين ٥/٢٣٠، المغني ٥/٣٠٥، المحلى ٨/٢٠١ .

والسبب في ذلك: الالتفات إلى المصلحة، وذلك: أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين سداً لهذه الذريعة، ولهذا قال علي ﷺ: "لا يصلح الناس إلا ذلك" (١).

وقد عد العمل بهذا من قبيل ترك الدليل للمصلحة، وهو نوع من أنواع الاستحسان (٢).

٢- تحليف المدعى عليه:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أن اليمين مشروعية في جانب المدعى عليه (٣).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في (المصنف ٤/٣٦٠) وابن حزم في (المحلى ٨/٢٠٢) والبيهقي في (السنن ٦/١٢٢) وفيه مقال، لكن له شواهد صحيحة ساقها ابن حزم في المحلى، وانظر: (التلخيص الحبير٣/٦١) .

(٢) انظر: الاعتصام ٢/ ١١٩، ١٣٩-١٤٢.

(٣) انظر: المبسوط ١٧/٢٩، بداية المجتهد ٢/٣٥٣، روضة الطالبين ١٢/٧، ١١، الطرق الحكمية ص: ٧٤، وسائل الإثبات للزحيلي ص: ٣٥٧، ٦٧٤-٦٧٥.

ودليله: ما ثبت أن النبي ﷺ "قضى أن اليمين على المدعى عليه" (١).

إلا أن مالكاً -رحمه الله- شرط في حال ما إذا كانت الدعوى في الأموال أن تكون بين المتداعيين مخالطة، فإن لم يكونا خليطين فلا تلزم المدعى عليه اليمين (٢).

والسبب في ذلك: الالتفات إلى المصلحة أيضاً، وهي مراعاة أعراض الناس وحفظها من تعريضها للتبذل والإهانة، سيما أهل الفضل والمروءة منهم، فإنه لو فتح هذا الباب لتجرأ أهل السفه على أهل الفضل بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد، فمنع منها إلا في الخليطين درءاً لهذه المفسدة (٣).

٣- حبس المدين إذا ادعى الإفلاس:

من وجب عليه دينٌ حال، فطولب به و لم يؤده نظر الحاكم، فإن كان في يده مال ظاهر ألزمه بسداد دينه، وإن لم يجد له مالاً ظاهراً فادعى الإعسار فصدقه غريمه وجب إنظاره، و لم تجز ملازمته ولا حبسه لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (٤) ، فإذا كذبه غريمه، وحلف

---

(١) أخرجه عن عبد الله بن عباس: البخاري في صحيحه:، كتاب الشركة، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، (٨٨٨/٢ح ٢٣٧٩) .

(٢) انظر: الموطأ ٧٢٥/٢، الاستذكار ١٢١/٧.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣٥٤/٢، شرح الزرقاني على الموطأ ٤٩٩/٣.

(٤) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

أنه ذو مال لكنه يماطل وجب على القاضي أن يحبسه حتى يسدد دينه في قول عامة أهل العلم - رحمهم الله - [١].

وهذا من رعاية مصالح الناس، فإنه لولا الحبس والعقوبة لضاعت الأموال بحجة الإعسار، يقول ابن رشد -رحمه الله-: "وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح؛ لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل" [٢].

٤- الضرب بالتهمة:

المدعى عليه إذا كان معروفاً بالفجور، وغلب على الظن اقترافه لما اتهم به جاز حبسه وضربه ليُكشف وجه الحق إما بالإقرار أو بالامتناع عنه، وهذا مشهور عن مالك -رحمه الله- [٣]، ولا يتجه الخلاف فيه؛ فإنه

---

(١) انظر: المبسوط ٨٨/٢٠، بداية المجتهد ٢٢٠/٢، مغني المحتاج ١٥٦/٢، المغني ٢٩١/٤، المحلى ١٧٢/٨.

(٢) بداية المجتهد ٢٢٠/٢.

(٣) قلت: مع تواتر هذا القول عن الإمام مالك فقد أنكر الدكتور البوطي في كتابه (ضوابط المصلحة ص: ٣٣٧) نسبة هذا القول لمالك، وقال: "بل هو قول سحنون من المالكية". واستند لذلك بما في (المدونة١٩٣/١٦) "قلت: أرأيت إذا أقر بشيء من الحدود بعد التهديد أو القيد أو الوعيد أو الضرب أو السجن =

من دون هذا لا يكاد يتوصل إلى إثبات حق؛ إذ لكل أحد أن يحلف ثم يخلى سبيله، وهذا نقص لا يليق بالسياسة الشرعية [(١)].

= أيقام عليه الحد أم لا في قول مالك؟ قال: قال مالك: من أقر بعد التهديد أقيل، ولا أقيم عليه الحد إلا أن يقر بذلك آمناً لا يخاف شيئاً".

والذي يظهر لي أن هذا لا ينافي ما نقل عنه ، وذلك لأمرين :

أحدهما: اشتهار النقل بذلك عنه في المذهب، وقد اعتمده ابن فرحون في تبصرته (١٢٩/٢)، وهو ظاهر ما في (المدونة ٢٩٦/١٦) فإن فيها: "أرأيت لو أن رجلاً ادعى على رجل أنه سرق منه ولا بينة له، فقال: استحلفه لي، أيستحلف له في قول مالك؟ قال: إن كان المدعى عليه متهماً بذلك موصوفاً به استحلف وامتحن وهدد، وان كان على غير ذلك لم يعرض له و لم يصنع به من ذلك شيء".

الثاني: أن عدم أخذه بإقراره تحت تأثير التهديد لا ينافي القول بتهديده، فيهدد، ولا يؤخذ بإقراره إلا حيث يأمن، وهذا أحد الأقوال في المذهب، ونص عليه الماوردي أيضاً في الأحكام السلطانية ص: ٣٦٢، وقد قيل إنه يؤخذ به وهو قول سحنون، ذكره الحطاب في مواهب الجليل ٢٧٥/٥.

(١) درج كثير من المصنفين قديماً وحديثاً على تخصيص مالك رحمه الله بضرب المتهم الذي يغلب على الظن اقترافه لما اهم به، ومع أن هذا الحكم اشتهر عن مالك إلا أني وجدته منصوصاً عليه في بقية المذاهب أيضاً، فقد قال شمس الدين السرخسي: "وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أفتوا بصحة إقرار السارق بالسرقة مع الإكراه؛ لأن الظاهر أن السراق لا يقرون في زماننا طائعين.

قال: وسئل الحسن بن زياد رحمه الله تعالى: أيحل ضرب السارق حتى يقر؟ =

قال الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "المتهم إذا كان معروفاً بالفجور فهو أولى بالحبس، وما علمت أحداً من أئمة المسلمين المتبعين من قال: إن المدعى عليه في جميع هذه الدعاوى يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره من جميع ولاة الأمور، فليس هذا على إطلاقه مذهب أحد من الأئمة، ومن

= فقال: ما لم يقطع اللحم، ولا يتبين العظم، وأفتى مرة بجواز ضربه، ثم ندم، واتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق، وأقر بالمال، وجاء به، فقال: "ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا ". المبسوط ١٨٥/٩.

وقال فخر الدين الزيلعي: "ومن السياسة: ما حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش أن المدعى عليه السرقة إذا أنكر فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه، فإن غلب على ظنه أنه سارق، وأن المال المسروق عنده عاقبه.

قال: وحكي أن عصام بن يوسف دخل على أمير بلخ، فأتي بسارق، فأنكر السرقة، فقال الأمير لعصام: ماذا يجب عليه؟ فقال: على المدعي البينة، وعلى المنكر اليمين، فقال الأمير هاتوا بالسوط، فما ضرب عشرة حتى أقر، وأحضر السرقة، فقال عصام: ما رأينا جوراً أشبه بالعدل من هذا". تبيين الحقائق للزيلعي ٢٤٠/٣، وانظر: حاشية ابن عابدين ٧٦/٤.

وقال الماوردي : "الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة... ويجوز للأمير مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ضرب التعزير لا ضرب الحد؛ ليأخذه بالصدق عن حاله فيما قرف به واتهم". الأحكام السلطانية ص ٣٦١-٣٦٢، وانظر للحنابلة: الطرق الحكمية ص: ١٠٣-١٠٦.

زعم أن هذا على إطلاقه وعمومه هو الشرع فهو غالط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله ﷺ ولإجماع الأمة، و بمثل هذا الغلط الفاحش إستجرأ الولاة على مخالفة الشرع، وتوهموا أن مجرد الشرع لا يقوم بسياسة العالم وبمصالح الأمة" [(١)].

والمقصود: أن هذا الحكم من أمثلة العمل بالمصالح المرسلة، والمصلحة فيه - كما يقول الشاطبي - من قبيل تضمين الصناع، "فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب؛ إذ قد يتعذر إقامة البينة، فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة إلى التحصيل بالتعيين والإقرار، لا يقال: إن هذا فيه تعذيب البريء، وهو ضرر مؤكد، لأن الإضراب عن التعذيب أشد ضرراً؛ إذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوى، بل مع اقتران قرينة تحيك في النفس نوعاً من الظن، فالتعذيب في الغالب لا يصادف البريء، وإن أمكن مصادفته فتغتفر كما اغتفر في تضمين الصناع، كما لا يرد على هذا ما قيل: من أنه لا فائدة في تهديده؛ إذ لا يؤخذ بإقراره على تلك الحال؛ لأن لذلك فائدة تظهر من وجهين:

أحدهما: أن يعين المتاع، فتشهد عليه البينة لصاحبه، وهي فائدة ظاهرة.

الثاني: أن غيره قد ينزجر فلا يكثر الإقدام، وهذا مطلوب أيضاً" [(٢)].

فهذه جملة من المثل تؤكد أحقية القضاء بمراعاة المصالح وتوسعه فيها

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٥/٤٠٠، وانظر: الطرق الحكمية ص: ١٠٣.

(٢) انظر: الاعتصام ٣/١١٩.

أكثر من غيره، وهي كفيلة بتنبيه القاضي إلى أهمية التفقه في مقاصد الشريعة، والاعتناء بها لمعرفة ما يلائمها من المصالح فتعتبر، وما يخالفها فتلغى وتهدر، ومن دون هذه المعرفة لا يمكنه أن يبت في القضايا على وجهها، ولا أن يوجِد لكل نازلة ما يناسبها.

قواعد الاستصلاح القضائي:

إذا علم ما تقدم فهاهنا أمور يحسن إيرادها في هذا السياق هي بمثابة قواعد عامة يستنير بها القاضي المجتهد في طريق العمل بالمصالح، وهي:

١- العقل لا يستقل بإدراك المصالح:

إذا كانت المصلحة المرسلة من خصائصها أنها: "إذا عرضت على العقول السليمة تلقتها بالقبول"، فلا يعني ذلك أن مدركها بالأساس هو العقل المحض، بل لا بد لكل مصلحة تُدّعى من شاهد لها بالاعتبار يستوي أن يكون أصلاً عاماً أو نصاً خاصاً، وأقل أحوالها أن لا يقوم دليل على إلغائها، أو يسفر مآلها عن مناقضة قصد الشرع والعود عليه بالإبطال، فالعقل وحده لا يمكنه أن يهتدي إلى المصالح المرجوة شرعاً، وإن اهتدى يوماً فلا يؤمن عليه الانحراف والافتيات على الشرع، فلا بد إذن من نقل يهديه لذلك، وهو الكتاب والسنة الصحيحة والأصول العامة ومقاصد الشريعة، فما وافق هذه الأصول من محصل العقول قبل واعتبر، وما خالفه رد ونبذ، ومن دون هذا لا يستقر حكم بحال.

يقول أبو المعالي الجويني -رحمه الله-: "من ظن أن الشريعة تتلقى من

استصلاح العقلاء ومقتضى رأي الحكماء فقد رد الشريعة، واتخذ كلامه هذا إلى رد الشريعة ذريعة، ولو جاز ذلك لبدل الشرع بصنوف من الرأي، ولانتهضت هواجس النفس حالة محل الوحي إلى الرسل، ثم يختلف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة، فلا يبقى للشرع مستقر وثبات" [١].

ويجب أن يعلم أن الشارع الحكيم حين يلغي مصلحة دلت عليها تجارب الناس ومعارفهم فهو لا يلغيها حذراً أن يتقدم أحد بين يديه، بل الواقع أن تقدير هؤلاء المجربين والخبراء للمصلحة كان خطأً صاحَبه خلل وفساد نابع من هوى في نفس المجرب أو خطأ في وسائل التجربة أو نقص في الاستقراء، فالمتهم في هذا تقدير الناس لا نصوص الشريعة [٢].

نخلص من هذا إلى أن العقل لا يستقل بإدراك المصالح والمفاسد المعتبرة شرعاً حتى يعتمد عليه في التشريع، بل لا بد له من مزاوجة النقل وتركيبه عليه، "فلا يُسرَح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يُسرِحه النقل" [٣].

يقول الشاطبي -رحمه الله-: "الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية أو معينة في طريقها أو محققة لمناطها أو ما أشبه ذلك، لا مستقلة بالدلالة؛ لأن النظر فيها نظر

---

(١) الغياثي ص: ٢٢٠.

(٢) انظر: رفع الحرج لابن حميد ص: ٣٧٠.

(٣) الموافقات ١/١٢٥.

في أمر شرعي، والعقل ليس بشارع" [١].

وحينئذ يقال: ما يدعى من المصالح في أحكام القضاء التي فيها معارضة بينة للشرع من نحو إسقاط الحدود، والتسوية بين الأولاد في الميراث، وجعل الطلاق بيد القاضي، وجواز قتل المريض الميؤوس من شفائه بدافع الرحمة، وغير ذلك من معارضات الشرع، فهو عين المفسدة لمن أنصف وتدبر مقاصد الشرع في شرعه لهذه الأحكام، ولا مجال هنا للتدليل على ذلك، ومجرد العقل يهدي لذلك متى سلم من العوارض الموجبة للعناد والمخالفة، واعتبارها بعد ذلك خروج عن الشرع، ومنابذة لأحكامه، واتهام له بالقصور، وليس بعد ذلك ظلم أكبر.

يقول ابن تيمية رحمه الله: "المصالح والمناسبات التي جاءت الشريعة بما يخالفها إذا اعتبرت فهي مراغمة بيّنة للشرع، مصدرها عدم ملاحظة حكمة التحريم ، وموردها عدم مقابلته بالرضا والتسليم، وهي في الحقيقة لا تكون مصالح وإن ظنّها الناس مصالح، ولا تكون مناسبة للحكم وإن اعتقدها معتقد مناسبة، بل قد علم الله ورسوله ومن شاء من خلقه خلاف ما رآه هذا القاصر في نظره؛ ولهذا كان الواجب على كل مؤمن طاعة الله ورسوله فيما ظهر له حسنه وما لم يظهر، وتحكيم علم الله وحكمه على علمه وحكمه؛ فإن خير الدنيا والآخرة وصلاح المعاش والمعاد في طاعة الله ورسوله" [٢].

---

(١) الموافقات ١/٢٧.

(٢) الفتاوى الكبرى ٣/٢٠٠.

فهذا كلام في غاية البيان والمطابقة للحكمة والعدل، وليس في ذلك احتقار للعقل وتأخير له عن رتبته، بل هو تبيان للناس على أن مقـــدرات العقول ومحصلات الأذهان مما تتخيله مصالح متى بعدت عـــن وحـــي الله وشرعه فهي في حقيقة أمرها ليست كذلك؛ لأن الله أعلم بمصالح خلقـــه وما ينفعهم أو يضرهم، وصـــدق الله إذ يقـــول: ﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ وَمَن فِيهِنَّ ﴾ [(١)].

٢- عند تعارض المصالح يقدم أقواها في الاعتبار:

إذا تعارضت المصالح فيما بينها فإن أمكن الجمع بينها دون الإخلال بمقصود الشرع فذلك مطلوب، وإن تزاحمت و لم يمكن تحصيلها جميعاً قدم أقواها في الاعتبار، والمرجع في تحديد رتب المصالح وقوتها إلى أمور [(٢)]:

أحدها: الشرع المنزل، فهو العمدة والأساس في هذا الباب، فكل ما شهد له الشرع بالاعتبار، وأقامه مصلحة للخلق فلا محيد عنه البتـــة وإن عارضته العقول وتهافتت عليه الآراء والأقيسة؛ وذلك لما تقدم أن العقل لا يستقل بإدراك المصالح، وإذا كان هذا في المصالح المسكوت عنها فكيـــف بالمصالح المعارضة للشرع ؟.

وهذا أصل عام في هذا الضرب من المصالح، وقد يستثنى منه ما شرع لمصلحة مقيدة بعرف أو زمان أو مكان، فتلك المصالح بمثابة العلل تـــدور

---

(١) سورة المؤمنون، آية: ٧١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١/ ٨ .

معها أحكامها وجوداً وعدماً، فمتى تبدلت الأعراف أو تغيرت الوسائل كان العمل على مقتضى هذا التغير؛ لئلا تضيع المصالح، ولا يكون العمل بها من تبديل الشرع، بل هو من صميمه كما سلف في مبحث العرف.

الثاني: الأعراف والعوائد، فكل ما عده العرف الصحيح مصلحة أقوى من غيرها فهي المقدمة على غيرها، وهذا إذا لم يكن في العرف مصادمة لشرع ثابت، وإلا فليس هو من العرف الصحيح، وقد تقدم تفصيل القول فيه.

الثالث: الظنون المعتبرات، فما شهدت له العقول السليمة والأقيسة الصحيحة من المصالح بكونها أقوى مما عداها فهي أولى بالتقديم، وهذا إنما يكون في المصالح المرسلة التي سكت عنها الشرع؛ إذ هناك يسمح للعقل أن يستصلح في حدود ما يوافق أصول الشريعة وقواعدها، ويدخل في هذا تجارب الناس وخبراتهم فهي من الموازين التي تحدد قوة المصلحة ورتبتها.

ثم المصالح المتعارضة يرتب بينها على ترتيب هذه المدارك، فإن كانت في رتبة واحدة كان الترجيح بينها بالنظر في ذات المصلحة بتقدير ما يحصل من المفاسد لو لم يعمل بها، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر وأعظم لم يكن مأموراً به، بل يحرم الأخذ بما مفسدته أكثر من مصلحته أو مصلحته أقل نفعاً من غيره، وعلى هذا فتقدم المصالح الضرورية على الحاجية، والحاجية على التحسينية، ويقدم في كل رتبة الأقوى فالأقوى، كالدين على النفس، والنفس على العرض، والعرض

على المال، وتقدم المصالح العامة على المصالح الخاصة لعظيم نفعها [1].

ولا بد من ظهور التفاوت بين المصالح، فيرجح بينها بحسب ذلك، وأما تقدير أن يكون في الشرع مصالح متساوية بحيث لا يمكن ترجيح بعضها على بعض، فهذا مما لم يقم دليل على ثبوته، بل الدليل يقتضي نفيه، فإن المصلحة والمفسدة والمنفعة والمضرة واللذة والألم إذا تقابلا فلا بد أن يغلب أحدهما الآخر، فيصير الحكم للغالب، وأما أن يتدافعا ويتصادما بحيث لا يغلب أحدهما الآخر فغير واقع [2].

٣- المصالح توزن بالعرف والمآل:

إذا كان العمل بالمصالح المرسلة دائراً على تحصيل المنفعة للناس ونفي الحرج والضيق عنهم، فإنه من المتعين على القاضي المجتهد - وهو يروم تطبيق مصلحة ما والحكم بها - أن ينظر في مآلها، وذلك أنه قد يكون لها مآل يناقض مقصود الشرع، فلا يسوغ له حينئذ أن يحكم بها؛ لأن قاعدة الشريعة: أن "كل تصرف جر فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه" [3].

فالنظر في المآل أصل في رعاية المصالح والحكم بها، وإهماله قصور بيِّن.

وكما يطالب القاضي بالنظر في المآل عليه كذلك أن يقدر الظروف

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٦٣/١، مجموع الفتاوى ٤٨/٢٠، ١٢٩/٢٨، مقاصد الشريعة لابن عاشور ص: ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) انظر: مفتاح دار السعادة ١٦/٢.

(٣) قواعد الأحكام ٧٥/٢.

الملابسة والأعراف الواقعة، فهي لها سلطان في تعيين ما هو نفع وما هو ضر، وتقدير ما هو مصلحة عليا وما هو مصلحة دنيا، وربما أسفر النظر في هذا عن وجود مصالح بديلة عن المصالح التقليدية فيلجأ إليها؛ إذ إن من المصالح ما يتقيد بزمان أو عرف دون آخر، وغالب ما يلفى من الأحكام متغيراً يكون من قبيل المصالح المرسلة [1].

واختلاف المصالح باختلاف العرف والمآل قضية لا سبيل إلى إنكارها؛ لأنها واقعة في الشرع، يقول ابن القيم -رحمه الله-: "الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه، والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة" [2].

٤- المصلحة المعتبرة حَكَمٌ بين الآراء المختلفة:

تقدم أن مسائل الاجتهاد لا يقطع فيها ببطلان رأي المخالف؛ لاحتمال أن يكون الصواب في نفس الأمر كائناً في جانبه، ومن أجل ذلك اعتبر الفقهاء الخلاف الذي قوي مدركه حتى عده مالك -رحمه الله- من

(١) انظر: المدخل الفقهي للزرقا ٢/٩٥٧.

(٢) إغاثة اللهفان ١/٣٣٠-٣٣١.

أصول مذهبه، وقد تبين هناك أن ثمرة هذه المراعاة هي ما يترتب عليها من المصلحة بالناس، ونفي الحرج والضيق عنهم.

ومن هنا نخلص إلى أن رأي المخالف إذا اشتمل على مصلحة شهد لها أصل بالاعتبار، وتأيدت بالأعراف الصحيحة والظنون المعتبرة فلا ينبغي التعويل على غيره، وليس من العدل ولا من السياسة ترك العمل برأي كهذا حمية للمذهب، بل السياسة تقتضي الحكم بالمصالح المعتبرة أنى كان مصدرها؛ فإنها من مقتضيات العدل الذي هو أصل القضاء ومقصوده الأعظم.

وقد رأينا جلة من الفقهاء -رحمهم الله- يتركون الدليل في مقابل الاستحسان؛ لاشتماله على مصلحة كبرى ومنفعة أعظم، فكيف بالمصالح التي تأيدت بأدلة شرعية لها اعتبار في الجملة، وربما كان الصواب في جانبها، هذا مما لا يستسيغ النظر خلافه.

وإذا ثبت ذلك فعلى القاضي أن يجعل المصالح المعتبرة أصلاً يحكم بمقتضاه بين الآراء المختلفة، ومن مقتضى ذلك: العدول عن الراجح من الأقوال إلى المرجوح منها إذا اقتضته مصلحة راجحة؛ وذلك أن مبنى الشريعة ومقصودها تحصيل المصالح الراجحة، فمتى كان المرجوح مشتملاً عليها كان العمل به هو الأوفق لمقصود الشرع، وكان هو الراجح في الاعتبار.

يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "من فعل المرجوح فقد فعل جائزاً، وقد يكون فعل المرجوح أرجح للمصلحة الراجحة، كما يكون

ترك الراجح أرجح أحياناً لمصلحة راجحة، وهذا واقع في عامة الأعمال، فإن العمل الذي هو في جنسه أفضل قد يكون في مواطن غيره أفضل منه، وهذا يتنوع بتنوع الأحوال في كثير من الأعمال" [١].

ولهذا الذي قرره شيخ الإسلام جملة من المثل منها:

١- ترك العمل بالقياس في مقابل المصلحة إذا كان في العمل به غلو أو حرج؛ لأن مبنى الأقيسة على التماس الحِكم، وهي المعبر عنها بالمصالح، فمتى كان في العمل بها حرج ومشقة كانت المصلحة المرسلة أقوى منها في الاعتبار، ومن نظر في اجتهادات الصحابة وجد معظمها من قبيل النظر في الحِكم وتتبع المصالح لا من قبيل الأقيسة، مما يدل على أن العبرة بما يوافق مقاصد الشريعة سواء كان طريقه القياس أو النظر في المصالح [٢].

ولا يخفى أن القياس كان من أقوى مثارات الخلاف في الفروع، وكثير من مسائله إذا تؤملت وجدت أنها على خلاف مصلحة الشرع ومقصوده، وهذا لأن القياس يعتمد أساساً على الأوصاف الظاهرة المنضبطة التي هي الجامع بين الفرع والأصل، والغالب في هذه الأوصاف أنها مظنة المصلحة والحكمة، ولكن قد لا تشتمل عليها أحياناً، بل قد تكون منافية لها كل التنافي، ولذلك نرى جملة من الفقهاء يعدلون عن القياس إلى الاستحسان الذي يعرفونه بأنه: "ترك

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٤/١٩٤-١٩٥.

(٢) انظر: المحصول للرازي ٦/٢٢٥، تعليل الأحكام للشلبي ص ٣٢٨.

القياس، والأخذ بما هو أوفق للناس" [١].

فلا غرو إذن أن تكون المصلحة من المرجحات في هذا الضرب من اجتهادات الفقهاء.

٢- "ما حرم سداً للذريعة يباح للمصلحة الراجحة"، وهذه قاعدة فقهية عمل بها الإمام أحمد وغيره من الفقهاء، ويندرج تحتها جملة من الفروع، وينتفع بها كثيراً في مسائل الاجتهاد [٢]، ومن أمثلتها: إباحة الخمرة للغصة، وإباحة النظر إلى الأجنبية للخاطب والطبيب والشاهد.

وكثير من مسائل الخلاف يكون القول فيها بالمنع من قبيل سد الذرائع، فإذا أسفر اختلاف العرف والحال عن مصلحة راجحة لا تحصل إلا بفعل ما نهي عنه كان القول المقابل لهذا في غاية الرجحان.

٣- وعلى الجملة: فعامة المسائل التي روعي فيها الخلاف إنما روعي فيها الخلاف بسبب اشتمالها على مصالح أرجح كما تقدم بيانه في مبحث المراعاة فليتأكد بها هذا الأصل.

وإذا كان العمل بهذا ليس ببدع في الاجتهاد، فالمفترض في القاضي الذي يروم العدل أن يكون على بصيرة بمذاهب الفقهاء وآرائهم فيما يبتلى به من الحوادث، وأن يكون مع ذلك بصيراً بالأعراف ذا فقه بالواقع وحنكة بالمصالح حتى يهتدي إلى الحكم

---

(١) المبسوط ١٠/١٤٥.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢١/٢٥١، ٢٢/٢٩٨، إعلام الموقعين ٢/١٦١.

بالراجح الذي يتضمن العدل والمصلحة.

وبعد: فقد ظهر أن هذه العوامل الأربعة مع ما تقدم في مسالك الاجتهاد القضائي لها تأثير عام في مسائل الخلاف وموارد النزاع التي يبتلى القضاء بالبت فيها، ومع ظهور هذا التأثير بجلاء يتعين على القاضي أن يعمل النظر فيها، وأن لا يتعامى عنها أو يفرط فيها، فهي الحَكم الفصل في مسائل الاجتهاد، وبقدر المعرفة بها يصيب الحاكم، ويسلم حكمه من الخطأ والجور، وعلى قدر جهله بها يكون العكس، ومن رام أن يفصل بين الناس كيفما اتفق، وأن يلقي بالحكم على عواهنه دون النظر في مآله ومرامه فلا عليه أن يغمض الطرف عنها، ويستمسك بحبل المذهبية والجمود الأعمى، فهو طريق ميسور سلكه طوائف ممن حط من رتبة القضاء، وجعله مصدر رزق ومنصة شهرة دون أن يستشعر مسؤوليته الكبرى يوم المعاد بين يدي ربه جل جلاله، وتقدست أسماؤه، وهو المسؤول سبحانه أن لا يجعل لمثل هؤلاء سبيلاً إلى الحكم بين الناس، وأن يوفق كل من رام الحكم بالحق الذي أنزله والميزان الذي وضعه، إنه سميع الدعاء.



المبحث السادس

القضاء بالمذهب المقلد وبخلاف مذهب الخصوم وبالقول المرجوح والرخصة الفقهية

المطلب الأول

القضاء بالمذهب المقلّد

جرت عادة الولاة وحكام المسلمين منذ استقرار المذاهب الفقهية بإلزام القضاة بتقليد مذهب الإمام المتبوع في البلد، وعدم الخروج عنه، وهذا شيء اقتضته السياسة الشرعية كما قال العلماء من أجل ضبط الأحكام حتى لا يكون الاجتهاد ذريعة لمن يريد أن يحكم بالهوى نصرة لخصم أو تحقيقاً لمأرب (١).

فهل يجوز القضاء بمذهب واحد معين، وعدم الخروج عنه في كل الأحوال لهذه العلة التي ذكرها العلماء ؟.

والجواب عن ذلك يتمهد بتعريف التقليد وحكمه إجمالاً، وهذه تفاصيل ذلك:

١- تعريف التقليد:

التقليد في اللغة: التعليق والتحمل واللزوم، يقال: قلدتُ المرأة إذا جعلتَ في عنقها قلادة، وقلدت الهدي جعلتُ في عنقه ما يشعر بإهدائه

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي ١٦/١٦١-١٦٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٠٥.

للبيت الحرام ليكف الناس عنه، وقلده عملاً ولاه إياه، وألزمه بالنظر والحكم فيه، وتقلد الأمر: احتمله، ومثله تقلد السيف [١].

والتقليد في الاصطلاح: "قبول رأي من لا تقوم به الحجة بلا حجة" [٢].

فخرج بذلك العمل بقول من قوله حجة، وهو النبي ﷺ، فلا يسمى من تمسك بشيء من سنته ﷺ مقلداً، وكذلك العمل بالإجماع وقول الصحابي، ورجوع العامي إلى المفتي، ورجوع القاضي إلى شهادة العدول، ونحو ذلك مما دل الدليل على الرجوع إليه والتمسك بمقتضاه، فلا يسمى شيء من ذلك تقليداً على ما ارتضاه المحققون [٣].

وتسمية العمل بقول الغير تقليداً روعي فيها المعنى اللغوي، فكأن المقلد طوق من يقلده وهو المجتهد إثم ما غشه به في دينه وكتمه عنه من علمه[٤].

٢- حكم التقليد في الفروع:

التقليد في الفروع لا يخلو صاحبه من أن يكون مجتهداً - على

---

(١) انظر: لسان العرب ٣/٣٦٥-٣٦٧، المصباح المنير ٢/٥١٢.

(٢) اختار هذا التعريف الشوكاني في إرشاد الفحول ص: ٤٤٢، وانظر في تعريفه: البرهان للجويني ٢/٨٨٨، المستصفى ٤/١٣٩، المسودة ص: ٤٩٤، التقرير والتحبير ٣/٤٥٣.

(٣) انظر: البرهان ٢/٨٨٨، المسودة ص: ٤٩٤، التقرير والتحبير ٣/٤٥٣، إرشاد الفحول ص: ٤٤٢.

(٤) انظر: المدخل لابن بدران ص: ٣٨٨-٣٨٩.

اختلاف مراتبه - أو عامياً ليست له أهلية النظر والبحث عن الدليل، والحكم في التقليد يختلف باختلافهما:

١- المجتهد:

فأما المجتهد: فأكثر العلماء على أنه لا يجوز له أن يقلد غيره في مسائل الاجتهاد، بل عليه أن يعمل رأيه، ويتعبد الله بما غلب على ظنه أنه الصواب في نفس الأمر، وقد حكى بعضهم إجماع الفقهاء على ذلك [(١)].

يقول ابن الصلاح -رحمه الله-: "واعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو عمله موافقاً لقول أو وجه في المسألة، ويعمل بما يشاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح ولا تقيد به فقد جهل وخرق الإجماع" [(٢)].

ومستند هذا الإجماع: النصوص الدالة على ذم التقليد، وأن الواجب عند التنازع هو الرجوع إلى الوحيين، واتباع أحسن القولين، ومنها:

قول الله تعالى: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾ [(٣)].

---

(١) انظر: جامع بيان العلم وفضله ٩٩٦/٢، المستصفى ١٢٨/٤، الإحكام للآمدي ٢٠٩/٤، البرهان ٨٧٦/٢، المحصول لابن العربي ص ١٥٥، روضة الناظر ص: ٣٧٧، مجموع الفتاوى ٢١٠/٢٠ .

(٢) أدب المفتي والمستفتي ص: ١٢٥.

(٣) سورة البقرة، آية: ١٧٠، وهذه الآية وإن كان موردها من يكفر بالرحمن وبالشريعة إلا أن الفقهاء لم يمنعهم ذلك من الاستدلال بها وبنظائرها في إبطال =

وقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾[1].

وقوله سبحانه: ﴿فَبَشِّرۡ عِبَادِ ١٧ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓۚ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمۡ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ﴾[2].

فهذه الآيات -وأمثالها كثير- تدل على أنه لا يحل للمكلف أن يَدين الله بقول أو فعل لا يعلم دليله سوى انه قول فلان وهو قادر على التفقه والبحث عن الدليل، وأنه لا يجوز لمن استبان له الحق في مسألة أن يدعه لقول أحد كائناً من كان.

وقد تواترت أقوال العلماء -رحمهم الله- في النهي عن التقليد وذمه وبيان فساده، واجتمعت كلمة الأئمة الأربعة على أن الحديث إذا صح كان هو المعول، وعليه العمل، و لم يلزموا أحداً باتباعهم فيما ظهر الحق في غيره[3].

= التقليد، ووجه ذلك - كما يقول ابن عبد البر - : أن التشبيه لم يقع من جهة كفر أحدهما وإيمان الآخر، وإنما وقع التشبيه بين التقليدين بغير حجة للمقلد كما لو قلد رجلاً فكفر، وقلد آخر فأذنب، وقلد آخر فأخطأ كان كل واحد ملوماً على التقليد بغير حجة؛ لأن كل ذلك تقليد يشبه بعضه بعضاً وإن اختلفت الآثام فيه. انظر: جامع بيان العلم وفضله ٢/١٦٠ط ١٤٢٧/٧هـ .

(١) سورة النساء، آية: ٥٩.

(٢) سورة الزمر، آية: ١٧-١٨.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٢٠/٢١١، إعلام الموقعين ٢/٢٠٠.

قال أبو عمر بن عبد البر بعد سوقه جملة من النصوص والآثار الدالة على فساد التقليد وذمه: "وقد ثبت الاحتجاج بما ذكرنا على إبطال التقليد، وذلك يوجب الانقياد والتسليم للأصول التي يجب التسليم لها، وهي الكتاب والسنة أو ما كان في معناهما بدليل جامع بين ذلك...ولا خلاف بين أئمة الأمصار في فساد التقليد" [(١)].

وإذا ثبت أن تقليدَ المجتهدِ غيرَه مجمعٌ على فساده فلا عبرة بما نقل فيه من خلاف، فهو مع كونه شاذاً ومصادماً للنصوص الصحيحة، فإن النظر الصحيح يرده؛ إذ إنه يقبح في العادة أن يقلد المرء من هو مثله مع قدرته على الاكتفاء بنفسه، ولهذا قيل: "لا فرق بين بهيمة تقاد، وإنسان يقلد" [(٢)].

٢- العامي:

فأما العامي -وهو من لا يحسن النظر في الأدلة، ولا يرتقي فهمه إلى معرفة الأحكام ومآخذها-: فالإجماع منعقد على أن له أن يقلد العالم فيما يفتيه، بل لا يسعه إلا ذلك؛ لأنه لا يمكنه البحث عن أدلة الأحكام، ولا فهم ما تدل عليه؛ إذ ذلك هو معنى كونه عامياً [(٣)].

---

(١) جامع بيان العلم وفضله ٩٧٨/٢، ٩٩٦.

(٢) المرجع السابق ٩٨٩/٢، وانظر الخلاف في جواز تقليد المجتهد غيره في: اللمع ص: ١٢٦، المحصول لابن العربي ص: ١٥٥، الإبهاج ٢٧١/٣، الإحكام للآمدي ٢١٠/٤، التقرير والتحبير ٤٤٣/٣.

(٣) نقل بعضهم الخلاف في جواز التقليد للعامي، والذي يظهر أن الخلاف إنما هو =

قال ابن عبد البر - رحمه الله - بعد بيانه حرمة التقليد في حق المجتهد: "وهذا كله لغير العامة، أما العامة فلا بدل لها من تقليد علمائها عند النازلة تنزل بها؛ لأنها لا تتبين موقع الحجة، ولا تصل - لعدم الفهم- إلى علم ذلك؛ لأن العلم درجات لا سبيل منها إلى أعلاها إلا بنيل أسفلها، وهذا هو الحائل بين العامة وبين طلب الحجة.

قال: ولم يختلف العلماء أن العامة عليها تقليد علمائها، وأنهم المرادون بقول الله عز وجل: ﴿فَسْئَلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [(١)].

وقال ابن رشد -رحمه الله-: "تقليد العوام شيء أدت إليه الضرورة، وانعقد عليه الإجماع" [(٢)].

ويختلف العلماء هل يجب على العامي أن يستفتي العالِم عن مستند حكمه، أم أنه يكفيه قوله، ويصير في حقه بمثابة الدليل في حق المجتهد ؟.

والذي يظهر: أنه يكتفي بقوله، من غير سؤاله عن مستنده، ويصير في حقه بمنزلة الدليل في حق المجتهد، وهذا مذهب أكثر الأصوليين [(٣)].

= في إلزامه بسؤال من يقلده عن مأخذه في الفتوى والحكم، أما رجوع العامي إلى المجتهد فكلهم متفقون عليه. انظر: المحصول ١٠١/٦، المدخل لابن بدران ص: ٣٨٩، إرشاد الفحول ص: ٤٤٣، أضواء البيان ٣١٣/٧.

(١) سورة النحل آية: ٤٣، وانظر: جامع بيان العلم وفضله ٩٨٩/٢.

(٢) الضروري في أصول الفقه ص: ١٤٤.

(٣) انظر: اللمع ص: ١٢٦، أدب المفتي ص: ١٢٥، المستصفى٤/٤٣، ١٤٧، =

ويدل لذلك: ظواهر النصوص الدالة على إلزام العامي بالرجوع إلى أهل العلم من غير طلبِ الدليل والاستفسارِ عن مستند حكمه فيما أفتاه به، مثل قوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (١).

وقوله ﷺ في الذين أفتوا المشجوج الجُنب بوجوب الغسل عليه، فاغتسل فمات من غسله: "قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذ لم يعلموا، إنما شفاء العي السؤال" (٢).

ولم تزل العامة في زمن الصحابة -رضوان الله عليهم- ومن بعدهم من التابعين قبل حدوث المخالفين يستفتون المجتهدين، ويقلدونهم في الأحكام، والعلماء منهم يبادرون إلى إجابتهم من غير إشارة إلى ذكر الدليل، ولا ينهونهم عن ذلك من غير نكير، فكان إجماعاً على

= شرح تنقيح الفصول ص: ٤٠٥، الإحكام للآمدي ٢٣٤/٤، المحصول ١٠١/٦، البحر المحيط للزركشي ٢٨٠/٦، التقرير والتحبير ٣/ ٤٥٩.

وقد نقل الخلاف في هذه المسألة عن ابن حزم، وبعض معتزلة بغداد، وانتصر له من المتأخرين محمد بن علي الشوكاني . انظر: الإحكام لابن حزم ٢٩٦/٦، الإحكام للآمدي ٢٣٤/٤، القول المفيد في حكم التقليد للشوكاني ص: ١٤٨.

(١) سورة النحل آية: ٤٣، وانظر: جامع بيان العلم وفضله ٩٨٩/٢.

(٢) أخرجه عن ابن عباس: أحمد في (المسند ٣٣٠/١) وأبو داود في السنن، كتاب الطهارة، باب في المجروح يتيمم، (٩٣/١ح ٣٣٦) وابن ماجه في السنن، كتاب الطهارة، باب في المجروح تصيبه الجنابة، (١٨٩/١ح ٥٧٢) والحاكم في (المستدرك ٢٨٥/١) وفيه مقال. انظر: التلخيص الحبير ١٤٧/١، إرواء الغليل ١٤٢/١.

جواز اتباع العامي للمجتهد مطلقاً [١].

وأيضاً: فإن إلزام العامة -على جهلهم- بمعرفة مآخذ الأحكام ووجوه الاستنباط فيه حرج لا يخفى، لكن لا بد هاهنا من التنبيه على أمرين:

أحدهما: أن على العامي أن يختار لفتواه من يراه أهلاً للفتيا والنصح ممن لا يتهم في دينه، وأمارة ذلك: أن تكون أقواله وأفعاله موافقة لمقتضى العلم والدين ، فإن مثل هذا يبعد أن ينسب إلى الشرع ما ليس منه [٢].

الثاني: إذا جهل حال المفتي، أو غلب اتباع الهوى على المفتين، وتصدر الجهال للفتوى فإنه خير للعامي أن يسأل من يفتيه عن دليل فتواه؛ فذلك أبرأ لدينه وأطيب لنفسه، وعلى المفتي أن يجيبه إلى سؤاله، ولا يلقي إليه الفتوى مجردة عن بيان مأخذه ودليله، فذلك نقص لا يليق بمنزلته، ومخالفة للنصح الذي أمر به، والفتوى متى ما دعمت بالدليل كانت أحرى بالصواب وأقرب إلى القبول، مع ما في ذلك من تمام النصح، وطمأنينة المستفتي [٣].

---

(١) انظر: المستصفى ٤/٤٣، ١٤٧، الإحكام ٤/٢٣٤، التقرير والتحبير ٣/ ٤٥٩.

(٢) عقد الشاطبي -رحمه الله- في كتابه (الموافقات) فصلا خصصه لبيان شرط قبول الفتوى من المفتي، ومن قوله في ذلك: " الفتيا لا تصح من مخالف لمقتضى العلم، فإن أقواله إذا جرت على غير المشروع أمكن أن تكون فتياه أيضاً غير موافقة للمشروع، وكذلك أفعاله وتقريراته متى كانت غير مشروعة أثرت في الاقتداء بفعله وتقريره". الموافقات بتصرف ٥/٢٦٧-٢٧٤.

(٣) انظر: أدب المفتي والمستفتي ص ١٥٨، إعلام الموقعين ٤/١٦١، ١٧٠، ١٩٦.

حكم القضاء بتقليد مذهب معين:

القاضي لا يخلو: إما أن يكون مجتهداً له أهلية الاستنباط والنظر، وإما أن يكون دون المجتهد، وهو المقلد الذي التزم مذهباً معيناً يحكم براجحه ومشهوره، وعلى هذا التفصيل يتبين اختلاف الفقهاء في هذه المسالة:

١- القاضي المجتهد:

اتفق الفقهاء [(١)] على أن القاضي إن كان من أهل الاجتهاد فليس له أن يحكم بمذهب واحد في جميع ما يُعرَض عليه من الوقائع، بل عليه أن يبت فيها بما يسفر عنه اجتهاده، ولا ينبغي له أن يَعجَل بالقضاء ما لم يقض حق التأمل والاجتهاد في القضية، وينكشف له وجه الحق فيها، فإذا ظهر له الحق باجتهاده قضى به، ولم يسعه إلا ذلك [(٢)].

---

(١) محل هذا الوفاق إذا لم يشترط الإمام على القاضي أن يحكم بمذهب معين، أما لو اشترط عليه ذلك فالمذهب عند الأحناف أنه ليس له أن يتعدى ما شرط عليه في التولية، وهو قول بعض الشافعية، والجمهورُ على أنه لا يحكم بمذهب واحد حتى لو شرطه عليه الإمام على خلاف بينهم هل تفسد التولية بهذا الشرط أم تصح ويبطل الشرط، انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٧-٤٠٨، تبصرة الحكام ١/٢٠، مواهب الجليل ٦/٩٣، الأحكام السلطانية ص: ١٣٤، روضة الطالبين ١١/١١٩، فتاوى السبكي ٢/١٢، المغني ١٠/١٣٦.

(٢) نص بعض الحنفية على أن التقليد لازم في القضاء للمجتهد كما يلزم المقلد، وهو قول لبعض المالكية أيضاً، ولا عبرة بهذا الخلاف؛ لأنه قول =

وقد رأيت أنه من المناسب نقل أقوالهم هنا ليتضح الوفاق:

١- نصوص المذهب الحنفي:

قال علاء الدين الكاساني [(١)]-رحمه الله-: "إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد فإنه ينبغي أن يصح قضاؤه في الحكم بالإجماع، ولا يكون لقاض آخر أن يبطله" [(٢)].

وقال الكمال بن الهمام -رحمه الله-: "والوجه الصحيح: أن القاضي إذا كان مجتهداً فهو مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعاً" [(٣)].

٢- نصوص المذهب المالكي:

قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي -رحمه الله-: "وللإمـــامِ المعتقـــدِ مذهبَ مالكٍ أو غيرِهِ أن يولي من يعتقد خلافه لان الواجب على القاضي

= وهنه المحققون في المذهبين، ولم يعتدوا به. انظر في ذلك: بدائع الصنائع ٧/٥، فتح القدير لابن الهمام ٧/٣٠٦، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٧-٤٠٨، تبصرة الحكام ١/٥١-٥٢.

(١) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين، من أعيان الحنفية، وأحد المجتهدين في المذهب، ولغزارة علمه كان يلقب بملك العلماء، وكتابه (بدائع الصنائع) يعد من أجود مصادر المذهب الحنفي، توفي سنة ٥٨٧ هـ. انظر: الجواهر المضية ٤/٢٥، تاج التراجم ص: ٢٩٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٧/٥.

(٣) فتح القدير ٧/٣٠٦ .

أن يجتهد ولا يلزم أحداً من المسلمين التقليد في النوازل والأحكام من المعتزي إلى مذهبه؛ فإن مالكا لم يُلزمه المصير في أحكامه إلى أقوال مالك، بل أينما أداه اجتهاده صار إليه، فإن شرط على القاضي الحكم بمذهب إمام معين دون غيره صح العقد، وبطل الشرط؛ لمناقضته لما يجب من الاجتهاد كان موافقاً لمذهب الشرط أو مخالفاً له، وقد كان الولاة بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه ألا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده، وهذا جهل عظيم منهم" [١].

وقال القرافي -رحمه الله-: "الحاكم إذا كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده...أما الحكم والفتوى بما هو مرجوح فخلاف الإجماع" [٢].

٣- نصوص المذهب الشافعي:

قال أبو الحسن الماوردي -رحمه الله-: "ويجوز لمن اعتقد مذهب الشافعي أن يقلد القضاء من اعتقد مذهب أبي حنيفة؛ لأن على القاضي أن يجتهد برأيه في قضائه، ولا يلزمه أن يقلد في النوازل والأحكام من اعتزى إلى مذهبه، وقد منع بعضهم أن يحكم بغيره؛ لما يتوجه إليه من التهمة والمحايلة في القضايا والأحكام، وهذا وإن كانت السياسة تقتضيه فأحكام الشرع لا توجبه؛ لأن التقليد فيها محظور،

---

(١) نقله عنه ابن شاس في عِقد الجواهر ١٠٠٥/٣، وانظر: الذخيرة ١٢٥/١٠-١٢٦.

(٢) الإحكام ص: ٩٢-٩٣، وانظر: تبصرة الحكام ٥٢/١.

والاجتهاد فيها مستحق" [١].

وقال أبو حامد الغزالي -رحمه الله-: "ليس للإمام أن يشترط على النائب الحكم بخلاف اجتهاده أو بخلاف اعتقاده، فإن شرط حنفي على نائبه الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة جاز له الحكم في كل مسألة توافق فيها المذهبان، وما فيه خلاف لا يحكم فيه أصلاً لا بمذهب أبي حنيفة ؛ فإنه خلاف اعتقاده، ولا بمذهب الشافعي؛ فإنه لم يفوض إليه" [٢].

٤- نصوص المذهب الحنبلي:

قال موفق الدين بن قدامة -رحمه الله-: "ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ﴾ [٣]، والحق لا يتعين في مذهب بعينه، وقد يظهر له الحق في غيره، فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط، وفي فساد التولية وجهان؛ بناء على الشروط الفاسدة في البيع" [٤].

---

(١) الأحكام السلطانية ص: ١٣٤-١٣٥.

(٢) الوسيط ٧/٢٩٢. والقول بالتوقف دليل على صحة تولية المقلد، وهو رأي انفرد به الغزالي، وتابعه عليه تقي الدين السبكي في (فتاويه ٢/١٢-١٣)، والمذهب عند الشافعية: بطلان تولية المقلد كما مر عن الماوردي. وانظر: روضة الطالبين ١١/١١٩-١٢٠، فتاوى ابن حجر الهيتمي ٢/٢١٢.

(٣) سورة ص، آية: ٢٦.

(٤) المغني ١٠/١٣٦.

وقال ابن تيمية -رحمه الله-: "ولو شرط الإمام على الحاكم أو شرط الحاكم على خليفته أن يحكم بمذهب معين بطل الشرط، وفى فساد العقد وجهان، ولا ريب أن هذا إذا أمكن القضاة أن يحكموا بالعلم والعدل من غير هذا الشرط، فأما إذا قُدر أن في الخروج عن ذلك فساداً أعظم كان العمل بذلك من باب دفع أعظم المفسدتين بالتزام أدناهما" (١).

فهذه نقول تدل على أن المذاهب الفقهية بأسرها متفقة على أن القاضي المجتهد يلزمه المصير إلى رأيه واجتهاده، وليس له المحيد عنه إلى رأي غيره، ولا يتجه الخلاف في هذا؛ لما تقدم أن الحق لا ينحصر في قول أو مذهب واحد، بل "ما من مذهب من هذه المذاهب إلا وفيه مسائل إذا حقق النظر فيها امتنع تقليد إمامه فيها" (٢).

وقد نقل أبو محمد بن حزم -رحمه الله- اتفاق الأئمة على ذلك، ونص قوله: "واتفقوا أنه لا يحل لقاض ولا لمفت تقليدُ رجل بعينه بعد موت رسول الله ﷺ، فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله، وسواء كان ذلك الرجل قديماً أو حديثا" (٣).

وإذا اتضح أن فرض القاضي المجتهد أن يحكم باجتهاده وما تطمئن إليه نفسه، فالواجب أن لا يحيد عن ذلك حتى لو أسفر اجتهاده عن حكم

---

(١) مجموع الفتاوى ٣١/٧٣-٧٤.

(٢) الإحكام للقرافي ص ١٣٦.

(٣) مراتب الإجماع ص ٥٠ .

يخالف المذاهب الفقهية المشهورة؛ إذ قد يكون الحق في غيرها من اجتهاد العلماء وفتاوى الصحابة -رضوان الله عليهم -، ومع أنه يندر خروج الحق عن هذه المذاهب إلا أنه لا يصح ادعاء ذلك في جميع المسائل كما ذهب إليه بعض أهل العلم -رحمهم الله- وأوجبوا نقض ما خرج عنها من أحكام القضاة [1].

وقد نص الإمام ابن تيمية -رحمه الله- على أن إبطال مثل هذا الحكم خلاف الإجماع، قال: "فإن الأئمة الأربعة متفقون على أنه إنما ينقض حكم الحاكم إذا خالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو معنى ذلك، فأما ما وافق قول بعض المجتهدين في مسائل الاجتهاد فإنه لا ينقض لأجل مخالفته قول الأربعة...وإبطال الحكم لمجرد مخالفته للأربعة هو مخالف لأقوال الأربعة ولأتباع الأئمة الأربعة فهو باطل بالإجماع" [2].

وعلى هذا فلو شرط عليه أن لا يخرج في حكمه عن هذه المذاهب أو أحدها بحيث يهجر له كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وفتاوى الصحابة ومذاهب العلماء لم يصح هذا الشرط قطعاً، ولا يجب التزامه، بل لا يسوغ، وعقد هذا الباب وضابطه: أن المقصود إنما هو التعاون على البر والتقوى، وأن يطاع الله ورسوله بحسب الإمكان، وان يقدم من قدمه الله

---

(١) انظر لهذا القول: بدائع الصنائع ٥/٧، الأشباه للسيوطي ص: ١٠٥، كشاف القناع ١٩٥/٦.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٠٣/٢٧، ٣٠٤ .

ورسوله، ويؤخر من أخره الله ورسوله، ويعتبر ما اعتبره الله ورسوله، ويلغي ما ألغاه الله ورسوله [١].

٢- القاضي المقلد:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أنه إذا لم يمكن تولية المجتهد القضاء، أو تعذر وجوده وجب تولية المقلد إن وجد، ويقدم في ذلك الأمثل فالأمثل من المقلدين [٢].

ووجه هذا: أن رتبة الاجتهاد لا تكاد تتوفر إلا لآحاد الناس بخلاف التقليد، والقضاء مما يحتاجه الناس في كل قطر ومصر؛ إذ به قوام مصالحهم واستقرار عيشهم، فلو منع من ولاية المقلد مع هذا كان فيه من الحرج ما لا يخفى، مع أن ذلك يؤدي إلى تعطيل الأحكام، وتفويت المصالح، وإيقاع الناس في الهرج والفتن والنزاع، وهذه مفاسد لا يقرها الشرع [٣].

واختلفوا - بعد هذا - في مسألتين نوردهما فيما يلي:

---

(١) إعلام الموقعين ١٨٥/٤.

(٢) انظر: البحر الرائق ٩/٧، حاشية ابن عابدين ٣٦٥/٥، الذخيرة ١٦/١٠، مواهب الجليل ٨٩/٦، الوسيط ٢٩١/٧، كشاف القناع ٢٩٥/٦، إعلام الموقعين ١٩٧/٤.

(٣) انظر مع المراجع السابقة: تبصرة الحكام ٢٢/١، الوسيط ٢٩١/٧.

المسألة الأولى: حكم تولية المقلد من غير ضرورة:

ولهم في هذه المسألة قولان:

أحدهما: جواز تولية المقلد مطلقاً في ضرورة أو غير ضـــرورة، وأن للإمام إلزامه بمذهب معين بحيث لا يتعداه، وهو مذهب الحنفية، وقال به بعض المالكية [١].

الثاني: عدم جواز تولية المقلد في غير ضرورة، وهذا مذهب جماهير أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة [٢].

وقد سبق الاستدلال لهذا المسألة في مبحث "التقنين"، فلينظر هناك[٣].

المسألة الثانية: مستند القاضي المقلد:

اختلف الفقهاء فيما على القاضي المقلد أن يستند إليه في حكمـــه على قولين:

القول الأول: أن القاضي المقلد يلزمه المصير إلى مذهبه، وليس له أن يتعداه إلى غيره، وإذا لم يجد لمقلده نصاً في النازلة توقف واســـتفتى، و لم يكن له أن يُخَرِّج على قول إمامه، وهذا مذهب الحنفية [٤] والمالكية.

---

(١) انظر: الدر المختار ٤٠٨/٥، حاشية ابن عابدين ٣٦٥/٥، مواهب الجليل للحطاب ٩٣/٩.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ٢١/١-٢٢، الوسيط ٢٩١/٧، كشاف القناع ٢٩٥/٦.

(٣) انظر ص: (١٤٢) .

(٤) حرر ابن نجيم في (البحر الرائق ٩/٧): "أن القاضي المقلد إذا قضى بمذهب =

واختلف أصحاب هذا القول هل يلزم المقلدَ الحكمُ بمشهور المذهب أم لا يلزمه ذلك ؟.

فعند الأحناف: أن المقلد إن كان يعرف أقاويل الأصحاب، ويحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقاً على التقليد، وإن لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحاب المذهب .

قالوا: ولو حكم بخلاف المعتمد في المذهب نُقض حكمه على المختار(١).

وعند المالكية: أنه إن كان المقلد ممن له فقه نفس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه، ويعلم منها ما هو أجرى على أصل إمامه مما ليس كذلك، فله أن يرجح بين أقوالهم، ويحكم بما يراه راجحاً منها، وإن لم يكن بهذه المنزلة فيلزمه المصير إلى المشهور(٢)، فإن كان الحكم في

= غيره فإنه ينفذ قضاؤه، وكذا إذا قضى برواية ضعيفة أو بقول ضعيف؛ لإطلاق قولهم: إن القول الضعيف يتقوى بقضاء القاضي". وهذا خلاف المذهب. انظر: حاشية ابن عابدين ٤٠٨/٥.

(١) بدائع الصنائع ٥/٧، الدر المختار ٣٦٠/٥-٣٦١، حاشية ابن عابدين ٤٠٨/٥.

(٢) المشهور في اللغة: من الشهرة، وهي الوضوح والظهور. لسان العرب ٤٣١/٤.

ويختلف المالكية في تحديد المشهور في المذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن المشهور ما كثر قائله، ولو كان مدركه ضعيفاً، وهو بهذا المعنى، مطابق للمعنى اللغوي، فإن الكثرة توجب الظهور والبيان .

الثاني: أن المشهور ما قوي دليله، وهو بهذا المعنى يرادف الراجح ، ولا يمكن معرفته إلا من المجتهد. =

نازلة ليس لها ذكر في المذهب قضى بفتوى مقلده بنص النازلة، فإن قاس على قوله، أو قال: يجيء من كذا كذا فهو متعد في حكمه [(١)].

قال شهاب الدين القرافي -رحمه الله-: "قال العلماء: المقلد قسمان: محيط بأصول مذهب مقلده وقواعده بحيث تكون نسبته إلى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق إلى أصول الشريعة وقواعدها، فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه كما جاز للمجتهد المطلق، وغير محيط فلا يجوز له التخريج؛ لأنه كالعامي بالنسبة إلى حملة الشريعة" [(٢)].

القول الثاني: أن القاضي المقلد يلزمه في الأصل قول مقلده ؛ لأن اعتقاد مقلّده في حقه كاجتهاد المجتهد، إلا أن له أن يحكم بغير مذهب إمامه إذا بدا له رجحانه، وليس للإمام أن يلزمه بالحكم بمذهب معين، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، وقال به بعض المالكية [(٣)].

والقول بجواز حكم المقلد بمذهب غيره إذا بدا له صوابه أقرب إلى

= الثالث: أن المشهور قول ابن القاسم في المدونة ؛ لأنه كان ألزم لمالك من غيره، ويعرف المتقدم من قوله من المتأخر . انظر: تبصرة الحكام ٥٦/١، منار السالك ص: ٤٤، حاشية الدسوقي ١٣٥/١،

(١) الذخيرة ١٦/١٠، تبصرة الحكام ١/ ٥٢-٥٣، ٥٧، مواهب الجليل ٩٢/٩-٩٣.

(٢) الذخيرة ١٦/١٠-١٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٩٢/٦، روضة الطالبين ١٠٨/١١، ١١٩، مغني المحتاج ٣٧٨/٤، كشاف القناع ٢٩٥/٦-٢٩٦.

الصواب والعدل؛ لما مر من أن الواجب هو الحكم بما ينقدح في النفس رجحانه، ولا يقال إن هذا مفترض في المجتهد، أما المقلد فليست له أهلية الترجيح، لأن المقلد في منزلة بين المجتهد والعامي، فيجب عليه أن يعمل رأيه، ويجتهد في الواقعة قدر ما تسمح به منزلته، وأما أنه لا يقدر على الاجتهاد في شيء البتة فهذا ليس بمقلد، بل هو من العامة الذين لا تجوز توليتهم القضاء.

يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "من كان عاجزاً عن معرفة الأدلة التفصيلية في جميع أموره سقط عنه ما عجز عن معرفته، لا كل ما يعجز عنه من التفقه، ويلزمه ما يقدر عليه، والاجتهاد يقبل التجزي والانقسام، فيلزم كل أحد أن يجتهد فيما يقدر عليه بحسب وسعه، فمن نظر في مسألة تنازع العلماء فيها، ورأى مع أحد القولين نصوصاً لم يعلم لها معارضاً بعد نظر مثله فهو بين أمرين: إما أن يتبع قول القائل الآخر لمجرد كونه الإمام الذي اشتغل على مذهبه، ومثل هذا ليس بحجة شرعية، بل مجرد عادة يعارضها عادة غيره واشتغال على مذاهب إمام آخر، وإما أن يتبع القول الذي ترجح في نظره بالنصوص الدالة عليه، وحينئذ فتكون موافقته لإمام يقاوم ذلك الإمام، وتبقى النصوص سالمة في حقه عن المعارض بالعمل فهذا هو الذي يصلح" (١).

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٠/٢١٢-٢١٣.

المطلب الثاني
القضاء بخلاف مذهب الخصوم

إذا عرضت على القاضي واقعة من الوقائع التي تتنازع فيها الفقهاء فالواجب عليه البت فيها بما أمره الله، وهو العدل الذي هو غاية القضاء والمقصود الأعظم من إقامته، وليس له أن ينظر إلى مذاهب الخصوم أو نحلهم حتى يقضي في الحادثة بما يوافق مذاهبهم وأهواءهم، أو بما يكون فيه حيف على أحد الخصمين؛ فإن هذا جور ظاهر وهوىً باطل، "واتباع الهوى في الحكم بين الخصوم محرم إجماعاً" (١).

فالعبرة في حكم القاضي بما يراه ويسفر عنه اجتهاده لا بما يراه الخصوم، وليس لأحد من الخصوم أن يعارض حكمه بكونه غير موافق لمذهبه، أو للراجح من أقوال أهل العلم، أو نحو ذلك من العلل والأقاويل، "فالواجب على القضاة الحكم بالعدل، والعدل هو ما أنزل الله" (٢).

وإذا توطأ هذا فالمقصود بالبحث في هذا الصدد هو الحكم الذي يصدره القاضي في مسائل الخلاف مما يرى فيه المدعي أو المدعى عليه خلاف ما يراه القاضي، هل يكون لازماً للمحكوم عليه حتى لو كان على خلاف رأيه ؟، وهل يكون محللاً للمحكوم له الحقَّ المتنازع عليه؟،

---

(١) الإحكام للقرافي ص: ٩٢، وانظر: مجموع الفتاوى ٣٦١/٣٥.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٦١/٣٥.

وفيما يلي جواب هذين السؤالين:

١- المحكوم عليه:

يراد بالمحكوم عليه"كل من توجه عليه حق" [١]، وذلك كمن ثبت عليه دَين أو قصاص أو حد أو غير ذلك من الحقوق، فهذا إذا حكم عليه القاضي بخلاف مذهبه، أو بما لا يراه راجحاً فالحكم لازم له باتفاق الفقهاء - رحمهم الله - [٢].

ومثال ذلك: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ألبتة، وكان ممن يرى أنها طلقة واحدة يملك بها الرجعة، ورأى القاضي أنها بائن، فرافعته المرأة إلى القاضي، فقضى بالبينونة، فيلزم الزوج (المحكوم عليه) أن يفارق المرأة، ولا يحل له المقام معها أبداً حتى تنكح زوجاً غيره [٣].

---

(١) تبصرة الحكام ١/٧٥.

(٢) هذا اللزوم يشمل الظاهر والباطن، فلا يحل لمن حكم عليه بفراق زوجته أن يقربها في حال غيبة، خلافاً لبعض الشافعية الذين قصروا اللزوم على الظاهر، وأباحوا له أن يقربها فيما بينه وبين الله، بحجة أن الحق عند الله لا يتغير بحكم حاكم، وهو وجه ضعيف في المذهب، ولم يعتد به النووي - رحمه الله- ولذلك لم يقدح في الإجماع . انظر: المبسوط ١٨٣/١٠، بدائع الصنائع ٦/٧، الذخيرة١٤٩/١٠، أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ١٦٨-١٦٩، روضة الطالبين ٣٧/١٢، مجموع الفتاوى ٣٦١/٣٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٧. وانظر مزيداً من الأمثلة في المراجع السابقة.

والسبب في لزوم هذا الحكم وإن كان على خلاف معتقد المحكوم عليه: أن القضاء موضوع بقصد فصل الخصومات وإنهاء المنازعات، ولا يتحقق ذلك إلا بالإلزام بالحكم، وهو أخص أوصاف الحكم القضائي، وبه فارق الفتوى، فلو لم يلزم لما كان قضاءً (١).

ويحرم على المحكوم عليه مخالفة الحكم وإن كان على خلاف ما يراه؛ لما في مخالفته من مفسدة مشاقة الحاكم، وانخرام النظام، وتفويت نفوذ المصالح، فلم يكن بد من التزامه (٢).

٢- المحكوم له:

يراد بالمحكوم له: من توجه له الحكم وكان في صالحه، كمن حكم له بدين أو قصاص أو حق آخر قِبل المحكوم عليه، فهذا إذا صدر الحكم على خلاف معتقده فلا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون عامياً ليس من أهل الفقه والنظر، فجمهور الفقهاء على أن هذا يلتزم حكم القاضي، ويعمل بموجبه، ولا يتجه القول بغيره؛ لما سبق أن العامي فرضه التقليد، وإذا جاز له تقليد المفتي فتقليده للقاضي أولى وأخلق؛ لأن الخلاف يتقوى بحكم الحاكم (٣).

---

(١) انظر: المبسوط ١٠/ ١٨٣، الفروق للقرافي ٤/٩٦-١٠١.

(٢) انظر: الذخيرة ١٠/١٤٩.

(٣) انظر: المبسوط ١٠/١٨٣، بدائع الصنائع ٧/٦، حاشية الدسوقي ٤/١٥٦-١٥٧، أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ١٧٠، قواعد الأحكام ٢/٣٩.

الحالة الثانية: أن يكون المحكوم له ممن له رأي في المحكوم به سواء كان مجتهداً أو مقلداً، فاختلف الفقهاء هل يباح له المحكوم به، أم لا على قولين:

القول الأول: أن المحكوم به يصير مباحاً في حقه، ويحل له ما كان يعتقد تحريمه قبل قضاء القاضي، فلوا أن أحداً طلق زوجته ثلاثاً دفعة واحدة، أو قال لها: أنت طالق البتة، فخاصمها إلى قاض يراها رجعية، فقضى بكونها رجعية، والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاث فإنه يتبع حكم القاضي، فتحل له رجعتها ووطؤها، ولا يعتد بمذهبه ورأيه، وهذا هو المذهب عند المالكية [1]، والمعتمد عند الحنفية، وهو الصحيح عند الشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة [2].

---

(١) ذكر القرافي -رحمه الله- أنه يستثنى من هذا الحكم مسالتان:

إحداهما: الحكم إذا لم يصادف سببه الشرعي فإنه لا يغير الفتوى، ولا يَحل للمحكوم له الإقدام عليه، وذلك كالحكم بالطلاق على من لم يطلق إما لخطأ البينة أو لتعمدها الزور.

وثانيهما: ما هو على خلاف القواعد أو النصوص كالحكم بشفعة الجار للمالكي فإنها لا تحل له؛ لأنها على خلاف القواعد، وما عدا هاتين المسألتين مما تنازع فيه الفقهاء فإنه يرفع الخلاف، ويبيح الحرام في معتقد المحكوم له. الذخيرة ١٠/١٤٥، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص: ١٢١-١٢٤. وفي بعض هذه الفروع خلاف في المذهب، انظر: حاشية الدسوقي ٤/١٥٦-١٥٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/٦، فتح القدير ٧/٣٠٨، الذخيرة ١٠/١٤٤-١٤٦، =

القول الثاني : أن حكم القاضي لا يبيح للمحكوم له أن يقدم على ما يعتقده حراماً، بل الحكم في حقه باق على حاله قبل قضاء القاضي، فلا تحل له مطلقته إن كان يراها بائناً بحكم حاكم، وهو المعتمد في مذهب الحنابلة، وهو قول أبي يوسف (١) وبعض المالكية والشافعية (٢).

سبب الخلاف في المسألة:

مبنى الخلاف في هذه المسالة: هو اختلافهم هل كل مجتهد في الفروع مصيب أم أن المصيب واحد ؟، فمن رأى أن كل مجتهد مصيب كان الحق عنده في جهات متعددة، فينفذ حكم القاضي في المجتهدات ظاهراً وباطناً، بحيث تصير الواقعة كما لو كانت مجمعاً عليها، ومن رأى

= حاشية الدسوقي ١٥٦/٤-١٥٧، أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ٤١٨، المنثور ٦٨/٢، الإنصاف ٣١٢/١١-٣١٣.

(١) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف الأنصاري، الكوفي، أشهر أصحاب أبي حنيفة، وأخصهم به، وإليه يعود الفضل في نشر المذهب الحنفي، وكان فقيهاً حافظاً مجتهداً، قال عنه الذهبي: "الإمام المجتهد العلامة المحدث...وقد بلغ من رئاسة العلم ما لا مزيد عليه". من آثاره: (كتاب الخراج) و(أدب القاضي). توفي سنة ١٨٢هـ. انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٣٠/٧، سير أعلام النبلاء ٥٣٥/٨، الجواهر المضية ٦١١/٣.

(٢) انظر مع المراجع السابقة: المبسوط ١٨٣/١٠-١٨٤، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١٠١٧/٣، الذخيرة ١٣٩/١٠، ١٤٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٣٧/٣٥، ٣٧٩.

أن المصيب في الفروع واحد كان الحق عنده في جهة واحدة يعلمها الله تعالى، فلا ينفذ حكمه ظاهراً وباطناً، بل ظاهراً فقط [١].

وقد أيد من رأى أن حكم القاضي في مسائل الاجتهاد لا ينفذ في الباطن بأمر آخر، وهو أنه قد تعارض هنا اجتهادان: اجتهاد القاضي، واجتهاد المحكوم له، فيقدم اجتهاد المحكوم له على اجتهاد القاضي لأمرين:

أحدهما: أنه مجتهد، وفرض المجتهد العمل بما أداه إليه اجتهاده، وهو لو اتبع رأي القاضي كان اتباعه له تقليداً لا اجتهاداً، فيمنع من ذلك .

الثاني: أن حكم القاضي في هذه المسألة يفيد الإباحة، ورأي المحكوم له يقتضي التحريم، فتتحقق المعارضة بينهما، فيغلب الموجب للحرمة؛ لكونه أحوط وأبرأ للذمة، والقاعدة: أنه متى اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام على الحلال [٢].

الموازنة والترجيح :

الذي يظهر لي -والله أعلم- أن إطلاق القول برجحان أحد القولين على الآخر لا يستقيم؛ لأن مسائل الخلاف تتفاوت درجاتها، فقد يكون اجتهاد القاضي في بعض المسائل أقوى من اجتهاد المحكوم له، وقد يكون العكسأيضاً، كما أنه ربما ألفي من القضاة من أشرب الهوى وتتبع الرخص، فلا تكاد ترفع إليه قضية إلا حكم فيها بالضعيف والمرجوح،

---

(١) انظر: أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤١٨-٤١٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٠/١٨٣-١٨٤، بدائع الصنائع ٦/٧.

فهذا مما يمنع إطلاق الرجحان في هذه المسألة.

لكن إذا فرضت المسألة في القاضي المجتهد الذي برز في العلم والقضاء، وكان مع ذلك مبرأً من الهوى والميل في الأحكام، فالذي يقتضيه النظر وتميل إليه النفس ترجيح قول الجمهور، وهو أن حكم القاضي في مسائل الاجتهاد ينفذ في الظاهر والباطن، ويقضي على رأي المخالف المحكوم له أو عليه ، وذلك لما يلي:

١- أن ذلك هو مقتضى إجماعهم على نفوذ حكم القاضي في مسائل الاجتهاد [١]، فإن السبب في ذلك هو ارتفاع الخلاف بحكم الحاكم، وإذا ارتفع الخلاف فلا معنى لإنفاذ الحكم في الظاهر دون الباطن، بل يرتفع فيهما معاً، وينفذ فيهما معاً.

والدليل لذلك: أن عمر ﷺ لما قضى في "المشرَّكة" في العام الثاني بخلاف ما قضى به في الأول لم ينقض حكمه السابق، بل أمضاه، وقال: ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي [٢].

فهذا صريح في أن حكم القاضي يرفع الخلاف في الظاهر والباطن؛ فإنه لولا ذلك لما أقر عمر ﷺ من حكم له أولاً على نصيبه من الإرث؛ فإن ذلك يكون إقراراً على الحرام، وهو لا يليق بمنزلته ﷺ.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٧، الإحكام للقرافي ص٨٠: الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٠١، المغني ٤/١٠٤.

(٢) الأثر تقدم تخريجه ص: (١٣٦) .

فإن قيل: اعتقاد هذا حراماً إنما هو في مخيلة عمر ﷺ ورأيه، لا في رأي المحكوم له، فالجواب: أنه قد تقدم أن العبرة إنما هي بمذهب القاضي ورأيه لا بما يراه الخصوم.

على أن ما ذُكر إنما يستقيم في غير عمر من القضاة؛ فقد يقال: إن رأيهم ليس بأولى من رأي غيرهم، أما هو ﷺ فله منزلة أخرى غير منزلة الإمامة تقتضي تقديم رأيه على رأي غيره، وهي منزلة الخلافة التي قال فيها النبي ﷺ: "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي، عضوا عليها بالنواجذ" [١] .

وهو ﷺ ناصح أمين، فلولا أن حكمه أولاً رفع الخلاف، وصير المسألة مجمعاً عليها لما أقر من حكم لهم على الباطل، أو كان يضمن ما أخذوه من بيت مال المسلمين.

وقد نص القرافي على "أن هذا هو السر في أن الحكم لا ينقض، لا

---

(١) أخرجه من حديث العرباض بن سارية: أحمد في المسند ١٢٦/٤، وأبو داود في السنن، كتاب السنة، باب في لزوم السنة (٢٠٠/٤ح ٤٦٠٧)، والترمذي في الجامع، كتاب العلم، باب ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع (٤٤/٥ح ٢٦٧٦)، وابن ماجة في السنن، المقدمة، باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين (١٥/١ح ٤٢)، وابن حبان في صحيحه، ١٧٩/١، والحاكم في المستدرك ١٧٤/١، قال العلماء: هو من أجود الأحاديث وأصحها. انظر: إرواء الغليل ١٠٧/٨.

ما يعتقده بعض الفقهاء من أن النقض إنما امتنع ؛ لئلا تنتشر الخصومات، فإنه لا دليل على ذلك" [١].

٢- أن اجتهاد المحكوم له لا يقوى على معارضة اجتهاد القاضي، وذلك من وجوه:

أحدها: أن القاضي له ولاية نقضِ اجتهاد المجتهد والقضاءِ عليه بخلاف معتقده، وليس للمجتهد ولاية نقض القضاء في المجتهدات والقضاء بخلاف القضاء الأول [٢].

الثاني: أن منصب القضاء يقتضي أن يكون القاضي متبوعاً لا تابعاً؛ لأن الشرع أوجب اتباع ولاة الأمر، وتحريم مخالفة حكمهم ما دام قد صدر بوجه معتبر، ولم يفرق بين ما إذا كان الخصم محكوماً له أو عليه، ولا يرد على هذا أن المصيب في الفروع واحد؛ لأن مسائل الاجتهاد لا يقطع فيها بأن الحق كائن في جهة منها دون أخرى، وإذا كان كذلك فالعمل بحكم القاضي عمل بظن ترجح جانبه بالولاية، والعمل بالراجح متعين [٣].

يقول أبو المعالي الجويني -رحمه الله-: "والغرض أن القاضي إذا كان مجتهداً فإنه يستتبع المتحاكمين إلى مجلسه ولا يتبعهم؛ فإن تكليفه اتباع

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص: ١٢٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٠/١٨٤.

(٣) انظر: فتح القدير ٧/٣٠٨.

المتخالفين - على تباعد المذاهب - يجر إلى تناقض لا سبيل إلى الوفاء به، ومنصب الولاية يقتضي أن يكون الوالي متبوعاً لا محالة، فإذا استتبع الوالي البالغ مبلغ المجتهدين المقلدين فليس ذلك بدعاً؛ فإنه أبر عليهم بمنصب الولاية، ثم بالإمامة في الدين، فإن استتبع مجتهداً مثله فالسبب فيه أنه وإن ساواه في الاجتهاد فقد أربى عليه بالولاية، وهي تقتضي الاستعلاء والاحتواء على تفنن الآراء" [١].

الثالث: أن الشرع الحكيم جعل للقاضي إنشاء الأحكام في مسائل الاجتهاد؛ حتى تفض المنازعات وترتفع الخصومات، فيصير حكمه مع اجتهاد المجتهد بمثابة النص الخاص مع اللفظ العام فيقدم عليه؛ لما تقرر في الأصول.

يقول القرافي -رحمه الله-: "قد تقدم أن الله تعالى استناب الحكام في إنشاء الأحكام في خصوصيات الصور في مسائل الخلاف، فإذا حكم الحاكم بإذن الله تعالى، وصح حكمه كان ذلك كالنص في خصوص تلك الواقعة ، فوجب حينئذ إخراجها من مذهب المخالف في نوع تلك المسألة؛ فإن الدليل الشرعي الذي وجده المخالف في ذلك النوع عام فيه، وهذا النوع خاص ببعض أفراد ذلك النوع، فيتعارض في هذا الفرد من هذا النوع دليل خاص وهو حكم الحاكم، ودليل عام وهو ما اعتقده المخالف في جملة النوع، فيقدم الخاص على العام؛ لما تقرر في الأصول، وهذا هو السر في أن الحكم لا ينقض لا ما يعتقده بعض الفقهاء من أن

---

(١) الغياثي ص: ٢٩٩.

النقض إنما امتنع ؛ لئلا تنتشر الخصومات، فإن ما تقدم شهدت له القاعدة الأصولية، وما ذكروه لم تشهد له قاعدة أصولية، والمعضود بالشهادة أولى، وإن سلمنا صحته فيتعاضد هو والمشهود له؛ لأن المدارك قد تجتمع" [١].

٣- أن القول بأن حكم القاضي في مسائل الاجتهاد لا يبيح الحق المحكوم به في الباطن يفضي إلى الحرج في بعض الصور، وذلك مثل ما لو ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثاً دفعة واحدة وكانت تراها بائنة، فلو حكم القاضي بأنها رجعية موافقة لرأي الزوج، فالزوجة هنا تلزم بالرجوع إليه في الظاهر وفاقاً، وهذا يقتضي أنها تمكنه من نفسها، وإذا لم تفعل بناء على القول بالبينونة كان في ذلك من الحرج ما لا يخفى، فإن معناه إباحتها للزوج وتحريمه عليها في آن واحد، وهذا تكليف لا يطاق، وحرج لا تقره الشريعة.

ولما فطن بعض الفقهاء لهذا الحرج فروا منه بإحداث قول لم أر له دليلاً في الشرع، وهو أن القاضي إذا علم أن المحكوم له يخالف رأيه أعرض عن فصل القضية بينه وبين خصمه، وعللوا ذلك بأن في حكمه له إلزاماً له بفعل محرم، ومنهم من رأى أن القاضي يسأله عن رأيه، فإن وافقه في الرأي قضى له، وإلا دفعه عن مجلسه ! [٢].

---

(١) الإحكام ص: ١٢١-١٢٩، وانظر: الذخيرة ١٠/ ١٤٦، الفروق ٤/٩٦-١٠١.

(٢) انظر هذه الوجوه في: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢/١٧٠-١٧١، حاشية ابن عابدين ٧/٤٦٤، الإنصاف ١١/٣١٣.

فصار أصحاب المذاهب في نظر هؤلاء بمنزلة أرباب الملل لا يقضى بينهم إلا إذا رضوا بحكم الحاكم [١] .

وهذا كله من تبعات التقليد والجمود على المذاهب الذي شاع في العالم الإسلامي فترات من الزمن، وإلا فشرع الله بريء من مثل هذه الآراء، بل النصوص صريحة في أن القاضي مستأمن على الفصل بين الناس بما أراه الله لا بما يعتقده الخصوم، وأنه إذا عرضت عليه قضية وجب عليه النظر فيها، و لم يسعه الإعراض عنها بمثل هذه العلل.

قال الله تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [٢] .

وقال الحق سبحانه: ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾ [٣].

وإذا تبين أن العبرة بنظر القاضي واجتهاده، وأن حكمه يرفع الخلاف، ويوجب تسليم الخصوم له، فالمنبغي لولاة الأمر من العلماء والحكام أن يكلوا النظر في مثل هذه القضايا إلى القضاة أهل الرأي

---

(١) وقد نص بعض الحنفية على أن هذا هو الأصل الذي اقتضى جواز الحكم على المخالف في المذهب؛ قالوا: "فإنه إذا كان أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا حكمنا عليهم بمعتقدنا كان هذا أولى بالحكم" انظر: حاشية ابن عابدين ٧/٤٦٤.

(٢) سورة النساء، آية: ٦٥.

(٣) سورة النساء، آية: ١٠٥.

والاجتهاد، فهم أخلق وأولى بالنظر والبت فيها من المفتين؛ فإن المفتي لا يُترك الاجتهاد لاجتهاده، ولا تَرفع فتواه الخلاف؛ إذ لا صلاحية له في الفصل والإلزام، أما القضاة فإنهم إذا حكموا في مسائل الاجتهاد صار حكمهم فيها من الشرع، وحل للمخالف ما كان يعتقد خلافه، وهذا فيه رفع الحرج عن المكلفين، ورحمة بهم وعلاج كثير من مشاكل المجتمع سيما ما تعلق منها بالنكاح والطلاق.

وهذا وجه من وجوه عبقرية الإسلام في السياسة والحكم، وهو آية أخرى على ربانية هذا الدين، وسموه عن وضع البشر ومضاهاة القوانين.

وينبغي أن يعلم بعد هذا أن الخلاف الذي يتقوى بحكم القاضي ليس هو كل خلاف، بل الذي قوي مدركه واتضحت محجته، أما أن يترك كل خلاف لحكم القاضي مع ضعفه وشذوذه فهذا لا يقوله أحد [1].

(١) انظر: الفروق للقرافي ٤/٩٦.

المطلب الثالث
القضاء بالقول المرجوح والرخصة الفقهية

من المعلوم أن القاضي مهما التزم مذهباً من المذاهب للحكم به فإنه لا يستطيع أن يطّرد له ذلك في جميع ما يعرض عليه من القضايا، بل في كثير من الأحيان تعرض عليها قضايا تحتف بملابسات وأوصاف تقتضي حكماً مخالفاً لما يذهب إليه، وذلك مثل الضرورة والحاجة والعرف والمصلحة ونحو ذلك من العوامل المؤثرة في الأحكام، وهو في مراعاته لمثل هذه العوامل يحكم تارة بما هو مرجوح في مذهبه، وتارة أخرى يأخذ بالرخصة الفقهية بأن ينتقي من أقوال بقية المذاهب ما يناسب تلك الواقعة، وفي هذا الصدد أعرض لحكم أخذ القاضي بالقول المرجوح والرخصة الفقهية:

أولاً: القضاء بالقول المرجوح:

يتمهد القول في هذه المسألة بمعرفة أن الشريعة في أصولها وفروعها لا تَعارض بين أحكامها ، بل كلها على نمط واحد ووفاق تام، وما يظهر فيها من الخلاف فهو بالنسبة إلى أنظار المجتهدين لا إلى نفس الشريعة، فكون المسألة ظنيه أو قطعية أو راجحة أو مرجوحة ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف أو نظر المجتهد [١].

---

(١) انظر: بدائع الفوائد ٣/٧٦٤.

وهذا معنى قول الإمام الشاطبي: "إن الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وأصولها وإن كثر الخلاف" [١].

إذا علم هذا فقد اتفق الفقهاء والأصوليون على إثبات ووجوب الترجيح [٢] بين الأدلة التي يظهر فيها التعارض إذا لم يمكن الجمع بينها، وأنه لا يصح إعمال أحد الدليلين المتعارضين رمياً في عماية من غير نظر في الترجيح ولا تقيد به [٣].

قال ابن عبد البر: "وأما المفتي فغير جائز عند أحد من العلماء أن يفتي أو يقضي بشيء حتى يتبين له وجه ما يفتي به من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو ما في معناهما" [٤].

---

(١) الموافقات ٥/ ٥٩.

(٢) التّرجيح لغة: مصدر رجح الشيء يرجح أي: مال، ومنه قولك: رجح الميزان أي: مالت إحدى كفتيه، ورجح الشيءَ بيده: وزنه ونظر ما ثقله، وأرجح الميزان أي: أثقله حتى مال.

واصطلاحاً: "اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما بما يوجب العمل به وإهمال الآخر". ينظر: لسان العرب ٢/٤٤٥. الإحكام للآمدي ٤/٢٤٥ .

(٣) انظر: المستصفى ٤/١٥٩-١٦٥، البرهان ٢/٧٤١، المحصول ٥/٥٢٩، الإحكام للآمدي ٤/٢٤٦، الموافقات ٥/٦٣، التقرير والتحبير ٣/٣، إرشاد الفحول ص: ٤٥٧-٤٦٠.

(٤) جامع بيان العلم وفضله ٢/٩٠٤، وانظر: إعلام الموقعين ٤/٢١٢.

وقال ابن الصلاح: "واعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو عمله موافقاً لقول أو وجه في المسألة، ويعمل بما يشاء من الأقوال أو الوجوه من غير نظر في الترجيح ولا تقيد به فقد جهل وخرق الإجماع" (١).

ومن هنا تواطأت أقوال الفقهاء -رحمهم الله- على أن القاضي يلزمه العمل بالراجح، وأنه أخلق بذلك من غيره؛ لأنه مستأمن على الحكم بالعدل، وهو إن كان متخيراً بلا دليل لم يكن أحد الخصمين بالحكم له أولى من الآخر؛ إذ لا مرجح عنده بالفرض إلا التشهي، فلا يمكن إنفاذ حكم على أحدهما إلا مع الحيف على الآخر، ثم إن وقعت له تلك النازلة بالنسبة إلى خصمين آخرين فكذلك، أو يحكم لهذا مرة ولهذا مرة، وكل ذلك باطل ومؤد إلى مفاسد لا تنضبط بحصر، ومن هنا شرط على القاضي بلوغ درجة الاجتهاد (٢).

---

(١) أدب المفتي والمستفتي ص: ١٢٥، ولا يقدح في هذا الإجماع ما نُقل عن طائفة من الأصوليين أن المجتهد بالخيار فيما يظهر له فيه التعارض بين أن يختار أحد القولين، أو يأخذ بالأحوط، ولا يلزمه الترجيح؛ لأن هذا خلاف شاذ، ومصادم لإجماع الصحابة على الترجيح بين الأدلة المتعارضة. انظر: البرهان للجويني ٧٤١/٢، المحصول للرازي ٥٢٩/٥، الإحكام للآمدي ٢٤٦/٤.

(٢) مقتبس من كلام الشاطبي في الموافقات ٩٥/٥، وانظر منه ج ٧٧/٥-٨٣، حاشية ابن عابدين ٤٠٨/٥، ٧٨/٧، حاشية الدسوقي ١٣٠/٤، فتاوى السبكي ١٢/٢-١٣، الإنصاف ١٧٩/١١.

وقد سبق أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع [١].

وهذا الذي ذُكر هنا أصل فيما يظهر للقاضي المجتهد أنه الراجح من الأقوال أعني أنه ليس له العدول عنه إلى غيره، إلا أنه قد تحتف بالواقعة ظروف وأحوال ربما أسفر اجتهاده في خصوصها عن حكم آخر يكون راجحاً بالنظر إليها مرجوحاً من حيث الأصل، فهل يحكم حينها بهذا المرجوح، أم أنه يلتزم الرأي الأول ولا يحيد عنه ؟.

وجواباً عن ذلك أقول: الواقع أن الفقهاء - رحمهم الله - لا يختلفون أن الرأي المرجوح إذا احتف به ما يقوي جانبه صار أخلق بالعمل والحكم به من غيره، بل اتفاقهم على لزوم العمل بالراجح دليل على أن المعتبر في ذلك هو الرجحان لا مجرد كونه هو المذهب، أو قول فلان ، فيصير الحكم به معللاً بالرجحان يدور معه وجوداً وعدماً.

ولا ينكر أن يكون القول راجحاً في بعض الصور والحالات مرجوحاً في صور وحالات أخرى، وذلك يكون بحسب اختلاف مناطات تلك الأحكام وخصوصياتها، فرب واقعة حكم فيها القاضي بحكمين مختلفين يكون مصيباً في كل واحد منهما كما سلف.

والأحوال التي تقتضي تجدد الاجتهاد في الوقائع القضائية لا تعدو أن تكون ضرورة أو حاجة أو مصلحة أو استحساناً أو سد ذريعة أو غير ذلك من العوامل التي سبق بسطها والحديث عنها، فهي كلها إذا احتفت

---

(١) انظر: الإحكام للقرافي ص: ٩٣.

بالواقعة كان الحكم الملائم لها هو الراجحَ لا غيره، وتعبير الفقهاء عنه بالمرجوح إنما هو بالنظر الفقهي لا بالتنزيل القضائي؛ ولذلك نصوا على الحكم به لضرورة ونحوها [١].

وبالنظر في أصول المذاهب الفقهية المشهورة وقواعدها يظهر أن العمل بالمرجوح إذا احتفت به مثل هذه العوامل جار على أصولها جميعاً، فإذا كان العمل بالمرجوح لضرورة مثلاً فالضرورة مراعاةٌ في جميع المذاهب على ما مر، وإن كان العمل به لدرء مفسدة فهو جار على أصل الذرائع، أو جلب مصلحة فعلى مراعاة المصالح المرسلة، أو للعرف فعلى اعتبار الأعراف والعوائد، وقل مثل ذلك في الاستحسان والنظر في المآلات ونحوها، وبالجملة فالمرجوح الذي تحتف به الظروف والملابسات المؤثرة في الأحكام يرجع العمل به إلى اعتبار هذه الأصول، وقد سبق أن اعتبارها متفق عليه في الجملة، وإنما يعرض الخلاف فيه من جهة اختلافهم في تحقق ذلك العامل ومدى تحكيمهم له، وهذا مثل العمل بالمرجوح إذا جرى به العمل على ما مشى عليه كثير من المالكية [٢]، فإن من يخالفهم فيه إنما يخالفهم من أجل ضعف الاحتجاج بالعمل عنده، لا من أجل ما

---

(١) حاشية ابن عابدين ٧٨/٧، نشر العرف ١/٥٠، حاشية الدسوقي ٤/١٣٠، كشاف القناع ٤/٢٤٧، الفكر السامي ٢/٤٠٦-٤٠٧، نظرية الأخذ بما جرى به العمل ص: ٥٤-٥٥.

(٢) انظر: المعيار المعرب ١٠/٤٦-٤٨، نوازل العلمي ١/٩٠-٩١.

استند إليه من الأصول الآنفة الذكر؛ ولذلك أرجعوا العمل به إلى هـذه الأصول؛ رداً على تضعيف القول بالعمل [١].

ومما يجدر ذكره هنا: أن بعض الباحثين نقل الخلاف في هـذه المسألة عن الإمام المازري[٢] والشاطبي - رحمهما الله -، وأثبت أنهما لا يريان العمل بالمرجوح على كل حال، حتى لو دعت إلى ذلك ضرورة ونحوها [٣].

وليس الأمر على ما ظنه هذا الباحث - حفظه الله -؛ وذلك أن أبا إسحاق الشاطبي قد بين في غير موضع من كتابه أن مثل هذه الملابسات إذا احتفت بالحادثة أوجبت لها حكماً آخر بحكم التبعية لا بحكم الأصالة؛ نظراً إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان

---

(١) انظر: الفكر السامي ٢/٤٠٦-٤٠٧.

(٢) محمد بن علي بن عمر التميمي المازري أبو عبد الله، من أعيان المالكية، وأحد مجتهديهم، نقل الذهبي عن القاضي عياض قوله فيه :" هو آخر المتكلمين من شيوخ إفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الاجتهاد ودقة النظر، ولم يكن في عصره للمالكية في أقطار الأرض أفقه منه، ولا أقوم بمذهبهم، وإليه كان يفزع في الفتيا في الفقه". من آثاره: (المعلم بشرح صحيح مسلم) (شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب) . توفي سنة ٥٣٦ هـ .

انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٢٠/١٠٤، الديباج المذهب ص: ٢٧٩، شجرة النور ص: ١١٦.

(٣) انظر: توصيف الأقضية ١/٣٦٩.

مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه [١].

وهو - رحمه الله- إنما أنكر العمل بالمرجوح لضرورة تُدّعى حيث لا ضرورة في الواقع، و لم ينكر العمل به بإطلاق، وإليك نص كلامه:

قال: "وربما استجاز هذا (يعني التخيير بين الأقوال) بعضهم في مواطن يدعى فيها الضرورة وإلجاء الحاجة بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات، فيأخذ عند ذلك بما يوافق الغرض، حتى إذا نزلت المسألة على حالة لا ضرورة فيها، ولا حاجة إلى الأخذ بالقول المرجوح، أو الخارج عن المذهب أخذ فيها بالقول المذهبي أو الراجح في المذهب، فهذا أيضاً من ذلك الطراز المتقدم؛ فإن حاصله الأخذ بما يوافق الهوى الحاضر، ومَحال الضرورات معلومة من الشريعة، فإن كانت هذه المسألة منها فصاحب المذهب قد تكفل ببيانها أخذاً عن صاحب الشرع، فلا حاجة إلى الانتقال عنها، وإن لم تكن منها فزعم الزاعم أنها منها خطأ فاحش ودعوى غير مقبولة" [٢].

ولهذه العلة نفسها ذهب الإمام المازري -رحمه الله- إلى المنع من العمل بالمرجوح للضرورة ونحوها؛ فإنه قال في ضمن جواب له عن سؤال

---

(١) الموافقات ٥/١٩٠-١٩١. وقد بسط الكلام علىٰ هذه المسألة في حديثه عن "النظر في المآلات" بما لا يمتري معه الناظر أنه لا يختلف رأيه في العمل بالمرجوح إذا احتفت به هذه القرائن. انظر: الموافقات ٥/١٧٧-٢٠٠.

(٢) الموافقات ٥/٩٩-١٠٠.

ورد عليه: "ولست ممن يحمل الناس على غير المعروف المشهور من مذهب مالك وأصحابه؛ لأن الورع قل، بل كاد يعدم، والتحفظ على الديانات كذلك، وكثرت الشهوات، وكثر من يدعي العلم، ويتجاسر على الفتوى فيه، فلو فتح لهم باب في مخالفة المذهب لاتسع الخرق على الراقع" (١).

ثم علق الشاطبي على هذا النقل بقوله: "فانظر كيف لم يستجز -وهو المتفق على إمامته- الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما يعرف منه؛ بناء على قاعدة مصلحية ضرورية؛ إذ قل الورع والديانة من كثير ممن ينتصب لبث العلم والفتوى كما تقدم تمثيله، فلو فتح لهم هذا الباب لانحلت عرى المذهب بل جميع المذاهب؛ لأن ما وجب للشيء وجب لمثله، وظهر أن تلك الضرورة التي ادعيت في السؤال ليست بضرورة" (٢).

فظهر من هذا أن الخلاف لا يثبت عن هذين الإمامين -رحمهما الله-، غاية الأمر أنهما تحفظا واحتاطا في إطلاق القول بجواز العمل بالمرجوح لضرورة تدعى، وهي في الواقع ليست كذلك، لا أنهما يمنعان العمل به إذا تحققت الضرورة، و على هذا يحمل كلام من أطلق المنع من القضاء بالمرجوح (٣).

---

(١) الموافقات ٥/١٠٠-١٠١.

(٢) نفسه: ٥/١٠١-١٠٢.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٤/١٣٠، نشر البنود ٢/٢٧٦ .

شروط القضاء بالقول المرجوح [١]:

الحكم بالمرجوح يتوقف على تحقق خمسة شروط:

١- أن لا يكون الحكم به مخالفاً لدليل قطعي كالنص والإجماع؛ فإن الخلاف لا يعتبر متى ضعف مدركه وعورض بأقوى منه.

٢- أن يكون العمل به راجحاً في نظر القاضي؛ لما احتف به من المؤثرات المقتضية لذلك كالضرورة والحاجة، أما لو حكم به للتشهي والتخير أو لمصلحة بحتة فلا يعتد به، والحكم به من أفسق الفسوق وأكبر الكبائر [٢].

٣- أن يقتصر الحكم به على الواقعة دون غيرها من مثيلاتها؛ لأن لكل حالة خصوصيات لا يشركها فيها غيرها، والقاعدة: أن " ما جاز لعذر بطل بزواله" [٣].

٤- أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد ومن له خبرة برتب الضرورات والحاجات ونحوها مما يقتضي مثل هذا الحكم، وأما من عداه فلا حظ لحكمه متى خالف الراجح.

٥- أن تصح نسبة القول المرجوح إلى قائله من أهل الفقه والاجتهاد.

---

(١) انظرها في: الفكر السامي للحجوي ٢/٤٠٧، نشر البنود ٢/٢٧٦، توصيف الأقضية ١/ ٣٧٧-٣٨٠ .

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٤/٢١١، الموافقات ٥/٧٧-٨٣، ٩٧-٩٩.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٨٥ .

فإذا تحققت هذه الشروط فلا غرو أن يصير المرجوح في رتبة الراجح، ويلزم العمل به في القضاء؛ حتى لا تفوت بفوته المصالح، وهو ما أخذت به محاكم في المملكة العربية السعودية، حسبما جاء في القرار ذي الرقم ٣، والمؤرخ بتاريخ ١٣٤٧/١/٧هـ [(١)].

ثانياً: القضاء بالرخصة الفقهية:

المراد بالرخصة الفقهية: الاجتهادات الفقهية المتضمنة للتيسير مما هي على غير مذهب القاضي ورأيه، فهي أعم من معناها الشرعي الاصطلاحي [(٢)].

فهل يجوز للقاضي إذا كان من أهل الفقه والنظر أن يتخير من أقوال المذاهب واجتهادات الفقهاء ما يرى فيه يسراً على الخصمين أو أحدهما؟.

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في هذه المسألة على قولين:

أحدهما: عدم الجواز، بل الواجب على القاضي إذا كان من أهل الفقه والنظر أن يحكم بالراجح عنده سواء كان يسراً أو غير يسر، وهذا مذهب جمهور الفقهاء وعليه عامة أتباع المذاهب الأربعة [(٣)].

---

(١) انظر: التنظيم القضائي للزحيلي ص: ١٧٠، التنظيم القضائي لآل دريب ص ٥١٤.

(٢) انظر: التقرير والتحبير ٤٦٩/٣، حاشية البناني على شرح المحلي ٤٠٠/٢.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين ٥٠٨/٣، ٤٠٨/٥، حاشية الدسوقي ١٣٠/٤، فتح العلي المالك ٦/١، فتاوى السبكي ١٤٧/١، ١٢/٢، حاشية البناني ٤٠٠/٢، الإنصاف ٥٠/١٢ .

وعللوا ذلك: بأن المنهج القويم فيما تنازع فيه العلماء هو الـــرد إلى الله ورسوله ﷺ كما بين ذلك القرآن، وأرشدت إليه السنة، والتخيير بين المذاهب والأقوال مخالف لذلك، وهو ضرب من الهوى المحرم (١).

قالوا: ولأن فتح هذا الباب ربما أفضى في بعض الأحوال إلى خرق الإجماع، كما لو تزوج شخص بدون ولي على مذهب الحنفية، ومن دون شهود على مذهب المالكية، وبدون مهر على ما روي عن بعض السلف، فإن هذا زنى بالإجماع، ولو اجتمع أصحاب هذه الأقوال لاتفقوا علـــى فساد هذا النكاح (٢).

القول الثاني: يجوز للقاضي أن يتخير من المذاهب والأقوال ما يكون فيه مصلحة وتيسير إذا لم يكن ذلك منه على وجه الحكم بـــالهوى، ولم يخالف ما يوجب نقض حكمه، وهذا مذهب طائفة من فقهـــاء الحنفيـــة والمالكية والشافعية (٣).

واستدلوا لذلك بعموم النصوص الدالة على التيسير والتخفيف ورفع الحرج كقوله سبحانه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ (٤).

---

(١) انظر: الموافقات ٥/٨١، فتاوى السبكي ١/١٤٧.

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول ص: ٤٠٧، الفكر السامي ٢/١٤.

(٣) انظر: البحر الرائق ٧/٩، فتح العلي المالك ١/٥٩-٦١، شرح التنقيح ص ٤٠٧، البحر المحيط ٦/٣٢٠، التقرير والتحبير ٣/٤٦٩، الفكر السامي ٢/٤١٤ .

(٤) سورة البقرة، آية: ١٨٥.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ (١) .

وقال ﷺ : "إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه" (٢).

موازنة وترجيح:

الواقع أنه ليس بين هذين القولين اختلاف، فإن من يمنع من تتبع رخص الفقهاء يرى أن ذلك من الحكم بالهوى، ومن يجيز ذلك يقيده بما ينتفي معه هذا المحذور، وهو أن لا يكون منه هذا على وجه التلاعب بالدين والتساهل فيه، وأن يكون الحكم ليس مخالفاً لما يوجب نقضه كمخالف الإجماع أو النص أو القواعد العامة (٣) .

ولا يخالف أحد في أن ما صدر من الأحكام على هذا النحو فهو من الشرع المنافي للهوى.

وإلى هذا فالحق أن يقال: إن الواجب فيما تعارضت فيه الأدلة هو اتباع الراجح من أي المذاهب كان، وقد سبق بسط الأدلة على ذلك، وأما الحكم برخص المذاهب فإن كان لحاجة أو ضرورة أو نحوهما كان الحكم بها هو الراجح كما سلف في الحكم بالمرجوح، وحينئذ لا يتجه الخلاف فيه، وإن كان لغير ذلك كان من الحكم بالهوى وذلك غير جائز؛ لأنه - كما يقرر الإمام الشاطبي - أن "فائدة وضع الشريعة إخراج

---

(١) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٢) تقدم تخريجه ص: (٤٣٧) .

(٣) انظر: شرح التنقيح ص ٤٠٧، التقرير والتحبير ٣/ ٤٦٩-٤٧٠ .

المكلف عن داعية هواه، وتخييره بين القولين نقض لذلك الأصل، وهو غير جائز فإن الشريعة قد ثبت أنها تشتمل على مصلحة جزئية في كل مسألة وعلى مصلحة كلية في الجملة، أما الجزئية فما يعرب عنها دليل كل حكم وحكمته، وأما الكلية فهي أن يكون المكلف داخلاً تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع تصرفاته اعتقاداً وقولاً وعملاً، فلا يكون متبعاً لهواه كالبهيمة المسيبة حتى يرتاض بلجام الشرع، ومتى خيرنا المقلدين في مذاهب الأئمة لينتقوا منها أطيبها عندهم لم يبق لهم مرجع إلا اتباع الشهوات في الاختيار، وهذا مناقض لمقصد وضع الشريعة، فلا يصح القول بالتخيير عل حال" [1].

ويشتد هذا المنع عندما يتعلق الأمر بفصل الخصومات؛ فإنه يترتب على ذلك إهدار الحقوق وتضييعها على مستحقيها، ولا يخفى ما في ذلك من الظلم، وهو فسق بصاحبه.

وقد قال أبوا محمد بن حزم -رحمه الله-: "واتفقوا على أنه لا يحل لمفت ولا لقاض أن يحكم بما يشتهي مما ذكرنا في قضية، وبما اشتهى مما يخالف ذلك الحكم في أخرى مثلها، وان كان كلا القولين مما قال به جماعة من العلماء، ما لم يكن ذلك لرجوع عن خطأ لاح له إلى صواب بان له" [2].

---

(١) الموافقات ٥/٧٧-٧٨، وانظر: فتاوى السبكي ١/١٤٧.

(٢) مراتب الإجماع ص: ٥١.

قال: "واتفقوا أن طلب رخص كل تأويل بلا كتاب ولا سنة فسق لا يحل" [(١)].

وقال ابن المواز -رحمه الله-: "لا ينبغي للقاضي أن يجتهد في اختلاف الأقاويل، وقد كره مالك ذلك، ولم يجوزه لأحد، وذلك عندي أن يقضى بقضاء بعض من مضى، ثم يقضى في ذلك الوجه بعينه على آخر بخلافه، وهو أيضاً من قول من مضى وهو في أمر واحد، ولو جاز ذلك لأحد لم يشأ أن يقضى على هذا بفتيا قوم ويقضي في مثله بعينه على قوم بخلافه بفتيا قوم آخرين إلا فعل، فهذا ما قد عابه من مضى وكرهه مالك ولم يره صواباً" [(٢)].

قال الشاطبي- معلقاً على هذا القول: "وما قاله صواب؛ فإن القصد من نصب الحكام رفع التشاجر والخصام على وجه لا يلحق فيه أحد الخصمين ضرر، مع عدم تطرق التهمة للحاكم، وهذا النوع من التخيير في الأقوال مضاد لهذا كله" [(٣)].

فهذا حيث يظهر الرجحان في خلاف هذه الأقوال والرخص، أما لو تكافأت الأدلة في القوة والمأخذ فالحكم بأيسرها موافق لقاعدة "رفع الحرج"، ولا يرد عليه ما ذكر في تتبع الرخص لعدم ظهور الرجحان، وقد

---

(١) مراتب الإجماع ص: ١٧٥.

(٢) الموافقات ٥/٨٥-٨٦.

(٣) الموافقات ٥/٨٦.

سبق قول أبي بكر الجصاص - رحمه الله -: "لما كان الحرج الضيق، وكان الله تعالى قد نفى عن نفسه إرادة الحرج بنا ساغ الاستدلال بظاهره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختلف فيه من أحكام السمعيات، فيكون القائل بما يوجب الحرج والضيق محجوجاً بظاهر هذه الآية والأخبار الدالة على رفع الحرج، وهي نظير قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ "[١].

والحكم بالرخص الفقهية فيما لو كان فيها مصلحة هو المعمول به في محاكم المملكة العربية السعودية حيث جاء في القرار ذي الرقم ٣، والمؤرخ بتاريخ ١٣٤٧/١/٧هـ : "إذا صار جريان المحاكم الشرعية عند التطبيق على المفتى به من المذهب، ووجد القضاة في تطبيقه على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم جاز النظر والبحث فيها من باقي المذاهب؛ مراعاة لما ذكر" [٢].

❁❁❁❁

(١) أحكام القرآن ٣٣/٤، وانظر: رفع الحرج للباحسين ص: ٣٨٣-٣٨٦.

(٢) انظر: التنظيم القضائي للزحيلي ص: ١٧٠، التنظيم القضائي لآل دريب ص ٥١٤.

فهرس الموضوعات